

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

CAMILA GIL MARQUEZ BRESOLIN BRESSANELLI

**DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA NA REPRODUÇÃO HUMANA
ASSISTIDA**

CURITIBA – PR

2009

CAMILA GIL MARQUEZ BRESOLIN BRESSANELLI

**DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA NA REPRODUÇÃO HUMANA
ASSITIDA**

Dissertação apresentada como requisito parcial
à obtenção do título de Mestre em Direitos
Humanos e Democracia, tendo como linha de
pesquisa Cidadania e Inclusão Social, no
Programa de Pós-Graduação da Faculdade de
Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da
Universidade Federal do Paraná

Orientador: Prof. Dr. Elimar Szaniawski.

CURITIBA – PR

2009

TERMO DE APROVAÇÃO

CAMILA GIL MARQUEZ BRESOLIN BRESSANELLI

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direitos Humanos e Democracia, no programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela comissão formada pelos seguintes professores:

Orientador: Prof. Dr. Elimar Szaniawski (UFPR)

1º Membro: _____

2º Membro: _____

Curitiba, ____ de _____ de 2009.

Ao meu filho Caetano, com amor

AGRADECIMENTOS

Gosto, e sempre gostei, de começar qualquer leitura pelos agradecimentos.

Justifico a afirmação por acreditar que este momento, tão prazeroso, representa a consciência, daquele que pretende ter concluído um trabalho de pesquisa, de que somente se chegou até lá, através da ajuda de algumas pessoas especiais.

Assim, inicio, sem critério preferencial, agradecendo a estas pessoas.

Ao Professor Doutor Elimar Szaniawski, agradeço pela atenção com que me recebeu, desde o primeiro momento, quando as discussões acerca do tema ainda estavam em fase embrionária. Suas palavras, sempre oportunas, inspiraram-me a pesquisar, fazendo da pesquisa um momento de satisfação.

Ao meu marido, Alexandre Bressanelli, pela paciência e amor, com que vivenciou, diariamente, as minhas angústias, e a minha falta de tempo; e pela alegria com que acompanhou a cada etapa; inclusive, pela curiosidade nas pesquisas de notícias correlatas.

Ao meu pequeno Caetano Marquez Bresolin Bressanelli, agradeço por ter “emprestado” alguns “dias da família”, dedicados a este trabalho.

À minha mãe, Virginia Gil Marquez, pela euforia e orgulho com que acompanhou as minhas conquistas, a começar pelo ingresso no Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná, passando pelas traduções de livros utilizados como fontes de pesquisa, até a fase final, dos dias que antecederam ao depósito da dissertação. Sua força e garra, sem dúvida, sempre me inspiraram.

Ao meu pai, Estanislau Emilio Bresolin, pelas palavras de incentivo e pela paciência e dedicação com que pesquisou, em viagem, obras, as mais específicas, sobre a temática deste estudo.

À minha querida família, cada um, ao seu modo, merece agradecimentos especiais. Seja pelo incentivo ou mesmo por terem agüentado as ansiedades típicas, agradeço.

Aos professores com os quais tive a honra de ter aulas durante o Programa de Pós-Graduação da UFPR: Eduardo de Oliveira Leite, Clèmerson Merlin Clève, Sérgio Cruz Arenhart, Ivan Guérrios Curi, Celso Luiz Ludwig, Álvaro Pérez Ragone, Fabrício Tomio.

Aos membros do Programa de Pós-Graduação da UFPR, Coordenado, neste então, pelo Professor Doutor Erolths Cortiano Junior, pela atenção usual, agradeço. E também, à Secretaria, pela paciência e dedicação com que sempre atendem aos pedidos dos alunos.

Aos amigos que lá conheci, agradeço a oportunidade de tê-los encontrado e vivenciado bons momentos, durante as aulas, no decorrer das pesquisas, e em agradáveis (embora poucas), horas de lazer: Ana Lúcia Pretto Pereira, Thaís Amoroso Paschoal, Ricardo Weber, Gabriel Schulman, Giovanny Cocicov, Sílvia Hilst, Pedro Scalco, Sérgio Karkache, Renata Steiner, Fernando Andreoni Vasconcellos, Estêvão Corrêa.

Agradeço, ao Bruno Castanho, dedicado aluno, e monitor da disciplina de Introdução ao Estudo ao Direito, que pesquisou sobre todos os assuntos que sugeri, sempre com afinho e solicitude.

Aos queridos secretários do Unicuritiba, Katlen Fanton, Diego Baldraco, Sheyd Raphaela Voitki, Lilian Vicentin, Kátia Nobre, Irene, pela atenção com que sempre auxiliaram.

Aos colegas do Unicuritiba, professores, amigos, coordenadores, e alunos, agradeço, a todos, e a cada um, pelas palavras de incentivo, pelo interesse em ajudar, por buscar descobrir alguma notícia relacionada ao tema, que pudesse interessar à pesquisa.

Agradeço a Deus, pela vida, pela alegria, pela força, pela saúde, e por ter proporcionado, mais esta etapa, em minha vida.

“Disseram-vos que a vida é escuridão; e no vosso cansaço, repetis o que os cansados vos disseram.

E eu vos digo que vida é realmente escuridão,
exceto quando há um impulso.
E todo impulso é cego, exceto quando há saber.
E todo saber é vão, exceto quando há trabalho.
E todo trabalho é vazio, exceto quando há amor.
E quando trabalhais com amor, vós vos unis a
vós próprios, e uns aos outros, e a Deus”.

Gibran Khalil Gibran. *O profeta*.

RESUMO

As sociedades contemporâneas caracterizam-se pela velocidade das mudanças, especialmente, na área da biotecnologia. A inovação na forma tradicional de procriação humana, através do desenvolvimento das técnicas de reprodução medicamente assistida, fez com que uma ordem passasse a vigorar. O advento destas técnicas proporcionou àqueles que não conseguiam, pela via natural, e, pelas mais diversas razões, desenvolver seus projetos parentais; a possibilidade de tornarem-se mãe e pai. Decorre que, esta nova ordem social evoluiu tão rápida e significativamente, que o Direito não conseguiu acompanhar. O ordenamento brasileiro, foco deste estudo, não possui, ainda, qualquer legislação a respeito das técnicas de procriação assistida, valendo-se, para reger as condutas dos profissionais e dos pacientes envolvidos, da Resolução Normativa nº 1358/1992, do Conselho Federal de Medicina, de caráter ético. E assim, como em qualquer outra prática médica, é possível que ocorram erros na atuação dos médicos, em qualquer das fases dos procedimentos de reprodução humana assistida; os quais acabam por ficar sem respaldo jurídico. A falta de suporte técnico capaz de resolver eficazmente as demandas, aliada à timidez dos casais envolvidos, faz com, em muitos dos casos, os danos não sejam indenizados. Isto posto, através deste estudo, pretendeu-se analisar a necessidade de compreensão da responsabilidade civil do médico, especialmente nos casos de reprodução assistida; tendo em vista a proteção integral ao ser humano, a partir da inalienabilidade de seus direitos de personalidade.

Palavras-chave: procriação assistida. proteção aos direitos de personalidade, responsabilidade civil médica.

ABSTRACT

Contemporary societies are characterized by the speed in which they change, especially in biotechnology. Innovations in traditional human breeding, through medically assisted reproduction techniques have created a new order.

The appearance of these methods has enabled those who, by natural means, and for diverse reasons, have not been able to fulfill parental projects, the possibility of becoming mothers and fathers. The consequence is, with the rapid development of this new social order that legislation has had trouble keeping up.

The Brazilian legal framework, object of this study, is dispossessed as of yet, of any legislation concerning fertility treatments, depending, to oversee the conduct of professionals and patients involved, of Federal Normative Resolution nº 1358/1992 by the Conselho Federal de Medicina (Federal Council of Medicine) of an ethical nature. Therefore, as in any medical procedure it is possible for doctors to incur in errors, they are left without legal support.

The lack of technical support capable of effectively solving disputes, together with the timidity of the couples involved means that, in many cases, damages are not awarded. Having said this, via this study, we have endeavored to analyze the need to understand doctors' civil liability, especially in cases of fertility treatments; from the stance of the integral protection of the human being stemming from its inalienable rights of personality.

Keywords: fertility treatments, protection of the right of personality, medical civil liability.

RESUMEN

Las sociedades contemporáneas se caracterizan por la velocidad de los cambios, especialmente en el área de la biotecnología. La innovación en la forma tradicional de procreación humana, por medio del desarrollo de las técnicas de reproducción médicamente asistida, hizo con que una orden pasara a implantarse. Con la llegada de tales técnicas empezó a proporcionarse a los que no conseguían por el camino normal, y por diversas razones, desarrollar sus proyectos paténtales. La posibilidad de tornarse madre y padre. Ocurre que, esta nueva orden social desarrolló tan rápida y significativamente, que el derecho no consiguió acompañar. El ordenamiento brasileño, punto principal del presente estudio, no posee todavía, cualquier legislación sobre las técnicas de procreación hecha con acompañamiento médico, utilizando para tanto la Resolución Normativa nº 1358/1992, del Consejo Federal de Medicina, de carácter ético, para determinar la conducta tanto de los médicos como de los pacientes. De esta forma, como en cualquier otra práctica médica, hay la posibilidad de que ocurran errores en la actuación de los médicos, en cualquier de las etapas de los procedimientos puestos en práctica en la parte interesada, acabando, los mismos, por quedarse sin amparo jurídico. Debido a la falta de soporte técnico, con capacidad para solucionar las solicitudes, conjuntamente con la timidez de algunas parejas, hace con que, en muchos casos, los daños no sean indemnizados. De tal manera, por medio del presente estudio, hubo la preocupación de analizar la necesidad de comprensión de la responsabilidad civil del médico, especialmente en los casos de reproducción asistida, teniendo en cuenta la protección integral al ser humano, a partir de la inalienabilidad de los derechos de personalidad.

Palabras clave: procreación asistida, protección a los derechos de personalidad, responsabilidad civil médica.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	13
2. DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE	19
2.1. A tutela jurídica da personalidade	19
2.1.1. Delimitação conceitual	19
2.2. Breve análise histórica dos Direitos de Personalidade	21
2.2.1. A compreensão do início da personalidade no cenário nacional	25
2.3. As correntes doutrinárias acerca do início da personalidade	29
2.4. Da proteção supranacional ao ser humano embrionário	38
3. A PROTEÇÃO DO SER HUMANO EM FACE DA EVOLUÇÃO BIOTECNOLÓGICA	42
3.1. Os novos paradigmas	42
3.1.1. A compreensão da família contemporânea	42
3.1.2. A necessária proteção à pessoa	47
3.2. Da reprodução humana assistida	54
3.2.1. As origens	54
3.2.2. Os direitos de personalidade envolvidos	57
3.2.3. Os tipos	61
3.2.4. A disciplina jurídica	74
3.2.4.1. No Brasil	74
3.2.4.2. No direito comparado	82
4. DIREITO E MEDICINA	97
4.1. Da relação jurídica médico-paciente	97
4.1.1. A natureza das obrigações avençadas	97
4.1.2. Do dever de sigilo	102
4.2. Do Consentimento Informado	105
4.2.1. As cláusulas de não indenizar	114
4.3. Os efeitos jurídicos advindos das técnicas de reprodução humana assistida	116
4.3.1. Os embriões excedentários	118
4.3.2. A experimentação científica	121
4.3.3. A maternidade de substituição	126
5. DA RESPONSABILIDADE CIVIL	131
5.1. Compreensão do instituto jurídico	131
5.1.1. Noções acerca da evolução da responsabilização nas civilizações	131
5.1.2. Compreensão de seus tipos: a responsabilidade civil contratual e extracontratual	141
5.2. Abrangência no ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo	146
5.2.1. A proteção jurídica do Código de Defesa do Consumidor	148
5.2.2. A disciplina do Código Civil brasileiro de 2002	153
5.3. Da Responsabilidade Civil Médica	159
5.3.1. Breve histórico evolutivo	159
5.3.2. Fundamentos essenciais à compreensão do instituto	162
5.3.3. Análise casuística: a responsabilidade civil médica na reprodução humana assistida	173
6. O DANO ADVINDO DA UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA E A SUA REPARABILIDADE	205

6.1. O dano	205
6.1.1. A noção de dano	205
6.1.2. Danos à pessoa	209
6.2. Da reparabilidade do dano extrapatrimonial	213
6.2.1. As funções da reparação	213
6.2.2. O papel do magistrado no processo indenizatório	220
7. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS	227
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	231
OBRAS CONSULTADAS	241

1. INTRODUÇÃO

As relações interpessoais nas sociedades, ocasionadas pela premissa básica de que o homem é um ser social, fazem com que o movimento evolutivo seja, além de extremamente veloz, muito contínuo.

Uma vez estabelecidas, estas relações passam a necessitar de regulamentação para que, desta forma, sejam salvaguardados os direitos.

Partindo-se dessa idéia, observa-se que existem diversas situações, especialmente as ligadas aos avanços biomédicos e tecnológicos, nunca dantes vislumbradas; a exemplo das técnicas de reprodução humana assistida, as quais possuem um reflexo direto na seara dos direitos de personalidade de cada indivíduo.

Esses direitos de personalidade, no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, muito embora não sejam tema novo, ensejam a cada momento, novas interpretações. A prática da reprodução humana assistida remete aos direitos de personalidade, que por serem direitos inerentes ao ser humano, merecem a tutela jurídica, a qual deve buscar a correta aplicação dos preceitos nela contidos; especialmente, em face das transformações sociais advindas dos avanços biomédicos.

Neste contexto, para a análise dos direitos de personalidade, necessária conexão se faz como biodireito, entendido como o conjunto de normas que regulamenta as situações atinentes à vida e, portanto, extremamente relacionado com a atividade médica; especialmente com o seu princípio norteador principal, da beneficência, no sentido de que se deve fazer todo o possível em favor do paciente, nesta relação médico-paciente. Tal princípio remete, necessariamente, ao da não-maleficência, na medida em que, na Medicina, não se permite a idéia de fazer o mal, no atuar destes profissionais, para com os seus pacientes.

Percebe-se a necessária conexão entre as ciências da Medicina e do Direito, revelando-se a interdisciplinariedade em vários aspectos, por remeterem às questões de ordem social, diretamente relacionadas, portanto, à vida e à liberdade, como pilares fundamentais para qualquer ser humano.

O biodireito é visto como ramo do Direito que visa à proteção da vida humana, da ética da vida, como parte da ética que aborda o ser humano e os problemas

inerentes ao começo, meio e fim da vida. Decorre que o paradigma da vida humana foi reinterpretado, pelas novas normas de procriação e a má gestão desta nova ordem, em alguns casos, fez com que algumas práticas estejam voltadas apenas para interesses financeiros, que acabam por desvirtuar a noção de proteção à dignidade da pessoa humana, que deveria ser a preocupação principal.

Os problemas do biodireito devem, portanto, ser debatidos a partir dos princípios básicos da autonomia, da não-maleficência, da beneficência e da justiça. A autonomia estaria garantida através da expressão necessária e essencial aos procedimentos de reprodução humana assistida; a beneficência, pela ponderação dos riscos e benefícios e da preocupação com a garantia do mínimo de riscos. A não-maleficência, como garantia de que todos os danos possíveis serão evitados. E a justiça pela relevância social da pesquisa.

A postura dinâmica que o homem deve adotar na nova ordem social, extremamente mutante, é com certeza, o que move a sociedade neste crescer constante, para que o homem adote uma postura pró-ativa, no sentido de “não se confinar a um papel de mero intérprete moldado pelas leis da evolução, reduzido a um puro determinismo biológico, para se converter em mentor de um processo em que está inserido, interrogando-se sobre o homem que quer projectar para o futuro¹”.

Verifica-se que, muito se tem falado sobre a reprodução humana assistida e o sucesso do nascimento de crianças, fruto de técnicas de fertilização artificial. Em contrapartida, pouco se fala sobre os inúmeros riscos de danos que a mulher que se submete à esta modalidade médica, pode vir a sofrer.

No Brasil não existe, ainda, nenhuma lei específica que regulamente a prática da reprodução humana assistida, embora existam projetos de lei², todos sem aprovação definitiva. Apenas a Resolução n.º 1.358/ 1992, do Conselho Federal de Medicina, a única norma vigente que trata da procriação assistida no país, aborda normas éticas e deontológicas, a serem seguidas pelos profissionais da área, nesta modalidade de atividade médica.

Não há, portanto, uma norma de eficácia *erga omnes* sobre este assunto, apenas uma norma de eficácia restrita aos profissionais da área Médica. A referida

¹DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p.7.

²Tais projetos serão mencionados oportunamente, ao longo deste estudo.

Resolução é que vem sendo aplicada no sentido de orientar a prática da reprodução humana assistida, no âmbito da ética.

Esta ausência de amparo legal sobre a procriação humana assistida, em face do célere desenvolvimento de novas técnicas de reprodução, e, ainda, levando-se em consideração a falta de informação sobre a matéria, a qual está submetida a grande parte da população brasileira; faz com que esta prática médica seja livremente desenvolvida e consentida, gerando uma grandiosa fonte de lucro para as clínicas especializadas.

A ausência de arestos deve-se, principalmente, a dois motivos específicos: a falta de conhecimento por parte das pacientes que se submetem aos procedimentos de reprodução humana assistida e a vergonha (timidez) que assola os casais inférteis.

Ademais, no ordenamento jurídico brasileiro, não se vê nada, ou quase nada sendo abordado acerca dos reflexos jurídicos advindos da inseminação artificial e a respectiva responsabilidade civil dos profissionais da área médica. Tampouco sobre como se dá o amparo judicial, através da adequada tutela jurisdicional nestes casos.

Na seara prática, a inércia dá-se em função da falta de conhecimento sobre a matéria de reprodução humana assistida, e da timidez e/ou vergonha que inibe os casais inférteis, como se disse. Muitos dos danos que acontecem à pacientes, por esta razão, não chegam à apreciação judicial, para que possa ser atribuída a responsabilidade civil àqueles que, culposamente, causaram os danos, com a conseqüente definição do tipo de tutela para cada caso.

Acredita-se, pois, que, na medida em que as pessoas sejam elucidadas neste sentido, muitos dos acidentes ocasionados a partir da prática da reprodução humana assistida, além das frustrações e sofrimentos decorrentes, não ficariam restritos ao âmbito familiar, e, por conseguinte, os responsáveis pelo dano, responderiam civilmente pelo que tenha sido ocasionado, dando eficácia real ao direito fundamental da efetividade da prestação jurisdicional.

A proposta de estudo parte da delimitação conceitual, seguida de uma breve análise histórica dos direitos de personalidade, para que se possa então, compreender como foram evoluindo seus elementos característicos, ao longo dos tempos. Propõe-se, portanto, este estudo sobre a responsabilidade civil do médico na reprodução humana assistida, no ordenamento jurídico-civil brasileiro, a partir

desta análise do contexto histórico dos direitos de personalidade, ainda que de forma superficial.

Nesta linha, uma vez esclarecidos estes aspectos contextualizadores, propõem-se o estudo do início da personalidade do ser humano, não apenas em face das atuais correntes doutrinárias, mas também, tomando como base, o embasamento legal do Código Civil brasileiro de 2002, e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Além disso, e apenas para estabelecer um paralelo comparativo, sugere-se uma breve análise do tratamento dado em esfera supranacional, ao ser humano, desde a fase embrionária. A normativa através de Tratados e Convenções Internacionais, aos direitos humanos, é bastante vasta, entretanto, procurar-se-á dar o enfoque naqueles documentos mais atinentes à proteção da pessoa em face da evolução biotecnológica.

Coaduna-se ao objeto desta pesquisa, uma vez que, para se estudar a proteção dos direitos dos envolvidos nos procedimentos de reprodução humana assistida, é essencial que se tenha, como ponto de partida, a proteção integral do ser humano.

Em seguida, em capítulo cujo foco principal é a procriação assistida propriamente dita; parte-se das constatações acerca da mudança de paradigmas nas relações familiares, e mais especificamente, nas parentais; justamente em função das novas formas de filiação advindas do emprego de técnicas de reprodução medicamente assistida. E nesta linha, propõem-se, ainda que sob a ótica jurídica, a análise da mudança destes paradigmas, no direito contemporâneo, especialmente em face dos avanços biotecnológicos.

A necessária conexão dos direitos de personalidade, se faz oportuna, neste particular capítulo, uma vez que estes direitos caracterizam-se, necessariamente, como direitos fundamentais, inerentes à condição de ser humano.

Estes são desdobramentos dos direitos de personalidade, que aparecem, de forma muito presente, em todas as etapas dos procedimentos de reprodução assistida, para que esta escolha pelo recurso às vias artificiais de procriação, possa representar, do começo ao fim, a manifestação da dignidade da pessoa humana.

Para tanto, serão feitas considerações sobre os tipos de reprodução humana assistida existentes na ciência médica atual, para que possam ser compreendidos, os efeitos dali advindos, na esfera de proteção jurídica dos indivíduos.

E assim como foi feito um estudo dos direitos de personalidade com enfoque nas práticas de reprodução humana assistida, em direito pátrio; essencial se faz, a menção à outros ordenamentos jurídicos, em análise de direito comparado; de modo a revelar de que forma a produção legislativa alienígena tem se posicionado acerca desta nova situação. Inclusive, sobre os efeitos dali advindos, também é essencial que sejam, ao menos, elencados, sem nenhuma pretensão de esgotamento; uma vez que o ser humano é imprevisível, e a ciência Médica não é exata e previsível como a Matemática; alguns dos possíveis “problemas” advindos das práticas de reprodução assistida.

A problemática dos embriões excedentários, as complexas discussões acerca da experimentação científica embrionária, e a maternidade de substituição como forma de realização do desejo de ter filhos, são apenas algumas das situações que podem ensejar outras discussões, talvez mais delicadas e de difícil resolução, ainda.

Em função das possíveis complicações oriundas das hipóteses descritas, ou de outras, de eminente erro médico, é essencial que seja possível responsabilizar aquele que, a partir do seu atuar pouco diligente, por exemplo, ocasionou danos à esfera pessoal e/ou patrimonial dos envolvidos.

Decorre que esta necessária proteção não é tema pacífico. Ao contrário, tem ensejado diversas polêmicas, por estarem envolvidas, nas relações que se desenvolvem entre o médico e o paciente, situações de uma multiplicidade de ações imensa. Assim, nos procedimentos de reprodução medicamente assistida, o estudo das obrigações advindas da relação entre o paciente e o médico, é fundamental para a sua compreensão, e conseqüente responsabilização dos profissionais envolvidos.

Para o estudo da Responsabilidade Civil, e mais especificamente da Responsabilidade Civil Médica, e ainda, esta responsabilização na reprodução assistida; construir-se-á, a fundamentação teórica, a partir da análise da evolução histórica do instituto da responsabilização civil clássica, e da médica, verificando-se o desenvolvimento da noção de culpa, para que se chegue à compreensão dos seus tipos e das conseqüentes particularidades envolvidas nestes procedimentos.

Em seguida, em pretensão preliminar, propôs-se a uma análise casuística, para que, a partir deste “debruçar” sobre cada caso pesquisado, *in concreto*, possa-se contribuir para esclarecer os diferentes tipos de obrigações existentes nesta relação médico-paciente.

As obrigações avençadas entre as partes podem vir a ser descumpridas por diversas razões, ou ainda, pode haver a execução desidiosa dos pactos. Quando da ocorrência de tais situações, em regra, presente estará o dano. Este dano, quando da análise sob a óptica da reprodução assistida, passa a ter maior relevância, em função do caráter, quase sempre extrapatrimonial que assume. A possibilidade de reparar-se *in natura*, o dano ocasionado nestes procedimentos, é quase impossível; e isto se deve à natureza imaterial deste possíveis resultados lesivos.

Sem pretender dissecar este tema tão rico, procurar-se-á, estabelecer alguns cuidados que devem ser levados em consideração, para a quantificação do dano existente, para a proteção do princípio da reparabilidade integral do dano.

Ressalte-se, ainda, antes de passar-se ao conteúdo, que por ser o tema, em decorrência da própria natureza das relações que suscita, muito vasto, ater-se-á, a pesquisa, apenas, às questões de ordem jurídica oriundas destas novas práticas, fazendo menções, ao longo da pesquisa, às outras searas, apenas em caráter ilustratório, complementar; sob pena de incorrer-se no erro de abranger sobremaneira o tema proposto.

2.DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

2.1.A tutela jurídica da personalidade

2.1.1.Delimitação conceitual

Desde as considerações mais remotas da vivência do homem em sociedade, foi possível observar que as manifestações comportamentais deste homem, demonstravam a característica de gregariedade, a ele inerente.

Entretanto, mesmo em sociedade, cada indivíduo, e justamente por sê-lo, tem direitos que lhe são próprios; que refletem, portanto, a sua personalidade, e que, por isso, o individualiza como ser humano.

Por ser a pessoa um ser social por natureza, e, portanto, integrante de um grupo social; torna-se necessária a convivência da sua personalidade com a de outras pessoas. A tarefa da ordem jurídica é, neste sentido, propiciar a convivência harmônica dessas pessoas, tutelando os seus direitos, mormente os de personalidade. Neste sentido, os direitos de personalidade são direitos próprios da pessoa em si, existentes por sua natureza, como ente humano.

Por esta razão é que o estudo dos direitos de personalidade se faz necessário. Para que se possa chegar à análise da Responsabilidade Civil do médico, na procriação assistida, é necessário compreender, em que medida o emprego destas técnicas pode afetar à integridade individual de cada ser humano envolvido.

Nos dizeres de Heinrich Hubmann, citado na obra do Professor Elimar Szaniawski³ a personalidade humana é composta pela dignidade, individualidade e a pessoalidade, “que constituem o indivíduo, portador de caráter próprio e de uma força criadora que lhe permite desenvolver-se e evoluir além de seus limites internos, a fim de alcançar a auto-realização como ser humano espiritual.”

A tutela do indivíduo, de forma integral, ocorre a partir de uma cláusula geral de personalidade, para a “tutela ampla da personalidade do homem⁴”, em todos os seus aspectos. O desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo é protegido, portanto, a partir deste direito geral de personalidade.

³SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, p..114.

⁴*Idem. Ibidem.* p..115.

Os meios para a proteção do desenvolvimento da personalidade do indivíduo são, em esfera interna, a Constituição e as leis infraconstitucionais. Na esfera supranacional, os mecanismos de tutela da personalidade humana, são as declarações internacionais, que funcionam como comandos gerais para a tutela da personalidade, protegendo-a para a salvaguarda da dignidade do ser humano. São estes mecanismos, as duas fontes e fundamentos do direito geral de personalidade.

No Direito contemporâneo, a proteção à personalidade humana ocorre tendo por base o indivíduo inserido em seu contexto social. Assim, os direitos individuais passaram a ter esta dimensão de solidariedade humana; partindo-se da Constituição, para a tutela do ser humano em seu grupo social, sendo, portanto, “a personalidade humana um valor social⁵”.

O Direito brasileiro, conforme a lição de Elimar Szaniawski⁶, a exemplo do que ocorrera no alemão, adotou uma cláusula geral de personalidade, pelo princípio da dignidade da pessoa humana, como “princípio mãe”. A Alemanha e a Itália adotaram a “categoria jurídica do direito geral de personalidade”, partindo de nova interpretação das leis infraconstitucionais, a partir dos princípios constitucionais e dos ideais de proteção do direito internacional.

Para a tentativa de delimitação conceitual dos direitos de personalidade, ora proposta, é essencial que seja abandonada a doutrina tipificadora, que vigorou da segunda metade do século XIX, até meados do século XX. Os direitos de personalidade não podem ser fracionados, porque a proteção integral da dignidade do ser humano também não pode ser objeto de construções teóricas previamente delimitadas.

O fracasso da referida doutrina, deu-se em função de duas razões principais, de acordo com Elimar Szaniawski⁷. O fato de ter ficado “atrelada à distinção dogmática que ainda se faz do direito, dividindo-o em direito público e direito

⁵*Idem. Ibidem.* p..117.

⁶*Idem. Ibidem.* p..119. Nesta toada, afirma o autor: “(...) os incisos III e II, do art. 1º, da Constituição de 1988, expressamente consagram como fundamento da Nação brasileira, o princípio matriz da dignidade da pessoa humana e da cidadania, que se apresentam como uma verdadeira cláusula geral de proteção da personalidade humana, incluindo a Constituição, em seu §2º, do art. 5º, os direitos e garantias fundamentais oriundos de tratados internacionais em que o Brasil seja parte, a exemplo da Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, o denominado Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de Novembro de 1969”.

⁷SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, p..123-127..

privado”; e, em razão da “crise do direito civil”, que deu origem ao fenômeno da constitucionalização do direito civil, pelo qual foi proposta a releitura de todo o ordenamento jurídico a partir da Constituição, “que passou a ditar princípios e regras que constituem e regulam as relações sociais eliminando, assim, as lacunas deixadas pelo direito civil clássico”.

Ocorreu o fenômeno da descodificação do Direito e a fragmentação da matéria civilista⁸. Os direitos de personalidade passaram, portanto, no Estado brasileiro, a ser tutelados pela cláusula geral de personalidade, prevista no inciso III, do artigo 1º, da Constituição Federal de 1988, através da proteção da dignidade da pessoa humana, como se verá, em seguida.

Entender, portanto, o fenômeno evolutivo de tais Direitos, é essencial para o deslinde de questões que remetem e enaltecem a estes direitos de personalidade, na ordem social contemporânea.

2.2.Breve análise histórica dos Direitos de Personalidade: de seus primórdios à nova ordem social

A proteção da personalidade humana ao longo dos tempos, deve partir da necessária compreensão da *hybris* grega e *iniura* romana, como sendo as origens mais remotas de categorias jurídicas existentes para a tutela da personalidade humana⁹.

Partindo-se da Grécia, cada cidade-estado tinha estatuto jurídico próprio, tendo sido consignado o “princípio da personalidade do direito¹⁰”, para as relações entre cidadãos e também para as relações dos indivíduos com outros de outra cidade-estado e com estrangeiros.

⁸Neste sentido, “a valorização da pessoa como ser humano e a salvaguarda de sua dignidade, recoloca o indivíduo com ponto nuclear, como primeiro e principal destinatário da ordem jurídica, sendo o fenômeno denominado de repersonalização do direito”.SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, p..57.

⁹SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, p.23.

¹⁰SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, p. 24.

A noção, entretanto, de direito geral de personalidade, é dos séculos IV e III a.C, em função do desenvolvimento da filosofia grega nesta época. Assim, “cada ser humano (era) possuidor de capacidade abstratamente¹¹”; sendo feitas as distinções de classe, de forma quantitativa.

Em função do desenvolvimento da sociedade, foram, também, se desenvolvimento das práticas injuriosas e de lesão aos direitos dos indivíduos; muito embora, nesta época, a tutela da personalidade humana era, somente, de caráter sancionatório.

Os ideais aristotelianos, de igualdade entre as pessoas, passou a determinar a necessária proteção das relações do homem em sociedade, consagrando-se, a partir de então, a noção da proteção jurídica à personalidade, através de uma cláusula geral de personalidade, neste período, representada pela *hybris*.¹²

O ser humano foi colocado no centro da proteção jurídica, desde a Grécia clássica e pós-clássica, no sentido de salvaguardar os interesses do ser humano, como prioridade. Foi a partir do século XIX, que os direitos patrimoniais passaram a ganhar maior relevância, nos ordenamentos jurídicos.

Como segunda grande contribuição à teoria geral da personalidade romana, necessária se faz, ainda que de forma breve, a compreensão do legado romano acerca dos direitos de personalidade. Na sociedade romana, a personalidade era atribuída aos indivíduos que tivessem “o *status libertatis*, o *status civitatis* e os *status familiae*”¹³, sendo que o *status libertatis* condicionava à existência dos demais.

Os escravos, embora fossem seres humanos, por não terem liberdade, não eram considerados como cidadãos romanos, e não tinha capacidade jurídica plena, por não terem o *status civitatis*. Entretanto, saliente-se que, apesar disto, tinham capacidade, a *capacitas agendi*, decorrente da subjetividade, e em função de serviços de caráter econômico, que prestava ao seu senhor¹⁴.

¹¹ Assim, a proteção da personalidade humana estava baseada “na noção de repúdio à injustiça”; na vedação de práticas “de atos de excesso de um pessoa contra outra”; e na proibição da prática de atos de insolência contra a pessoa humana”. SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, p..24-25.

¹² *Idem. Ibidem*, p..23-25.

¹³ *Id. Ibid.* p.25.

¹⁴ Neste sentido, explica o autor que, os escravos e estrangeiros eram pessoas, portanto, *caput*, desde o nascimento. Capacidade jurídica e *caput* não se confundem, desta forma, já que a capacidade era designação atribuída para os direitos patrimoniais e para casar. Os escravos, assim,

A restrição à capacidade plena acontecia pela ausência do status libertatis, que poderia já estar associada ao nascimento, como no caso dos escravos, ou ser adquirida, para as hipóteses, por exemplo, de devedor insolvente¹⁵.

Como se depreende da lição de Elimar Szaniawski, todo ser humano, livre ou escravo, no direito romano clássico, era denominado de *persona*. O termo *caput* (do latim, cabeça) era empregado para as pessoas conforme o maior ou menor grau de direitos subjetivos; sendo *caput* toda pessoa, livre ou escrava¹⁶.

A proteção e tutela dos direitos de personalidade estava assegurada pela *actio iniuriarum*, desde a época de Justiniano, quando fosse verificado um caso de ofensa por injúria, funcionando como uma ação para a defesa da integridade. A *actio iniuriarum*, protegia os que fossem ofendidos em sua personalidade.

A *actio iniuriarum* em Roma, teve o caráter de uma cláusula geral protetora da personalidade humana¹⁷, muito embora, sem tanta intensidade como verificamos hoje. Isto se deve à maneira diferente como estava organizado o povo romano; que não possuía a visão individualista que hoje existe, da pessoa e de seus direitos, tampouco existiam avanços biomédicos e/ ou tecnológicos ensejadores de amparo jurisdicional, como hoje se verifica.

Com a queda do Império Romano do Ocidente e o advento da Idade Média, constituiu-se, pouco a pouco, uma nova ordem e houve o início da construção de um novo pensamento, tanto jurídico quanto político, bem como, cultural.

A subdivisão de reinos e as disputas dali decorrentes modificaram a estrutura econômico-social, caracterizando-se o sistema de vingança privada, um verdadeiro retrocesso nos valores até então considerados.

A Escola dos Glosadores de Bolonha, do final do século XI, fez ressurgir o Direito Romano Justiniano, e vigendo até XIX, com novas idéias nas searas política

possuíam capacidade jurídica, embora que relativa. *Id. Ibid.* p..57.

¹⁵O Professor Elimar Szaniawski esclarece que, (...) “ainda se tornavam escravos os prisioneiros de guerra das campanhas publicamente declaradas por Roma a qualquer povo, a mulher livre que mantivesse relações sexuais com escravo alheio, que passaria a ser de propriedade do senhor de seu amante escravo e, ainda, o *liberto* que, por ingratidão ao seu antigo dono, poderia voltar à condição de escravo”. SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, p..114..

¹⁶Os livres eram denominados de *caput liberum*, e os escravos, *caput servile*. SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, p..28.

¹⁷*Idem. Ibidem*, p.32.

e social, tendendo para a centralização do poder¹⁸. Com a Idade Média, surgiu o conceito de pessoa humano fundamentado na dignidade e na valorização do indivíduo como pessoa.

O renascimento e, especialmente, o humanismo, existente desde o século XVI, deram embasamento para que os juristas formassem o Direito de Personalidade, como noções de direito subjetivo e a existência de poder de vontade individual.

A Escola do Direito Natural desenvolveu a doutrina do humanismo antropocentrismo, o que gerou reflexões sobre a condição da pessoa como um ser que se relaciona entre si, e cada um com a sociedade, a política, os governantes; sempre na busca de um ideal de justiça. A doutrina do Direito Natural, dos séculos XVII e XVIII, desenvolveu a idéia da tutela de direitos individuais e a noção de dignidade da pessoa humana, servindo ainda para embasar a doutrina do Direito Geral de Personalidade, em meados do século XX¹⁹.

Apesar dessa evolução ideológica, a proteção da pessoa humana somente obteve reconhecimento do Estado, a partir do liberalismo desenvolvido na Inglaterra no final do século XVII, e transportadas *a posteriori*, para a América do Norte, e a Europa.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, votada pela Assembléia Geral da ONU, em 19/02/1949, “alavancou” a tutela da personalidade do ser humano contra os atentados praticados pelo Poder Público, por meio de seus agentes. Em contrapartida, os direitos de personalidade tiveram poucos avanços, em face das dificuldades encontradas no sentido de contemplar a diversidade desses direitos; e somente através da Jurisprudência dos Tribunais, eles encontraram respaldo no ordenamento jurídico.

A promulgação de diversas Declarações e Conferências Internacionais, fez com que a tutela da pessoa humana através da proteção dos direitos humanos, de forma geral, fosse amplamente difundida. Logo, o indivíduo passou a ter reconhecidos seus direitos de personalidade, além de outros direitos fundamentais. O direito à vida, à honra, à liberdade, à igualdade, à intimidade, à integridade física e psíquica; os quais passaram a ser garantidos pelas Constituições dos povos, em previsões, logicamente, não taxativas.

¹⁸ *Id. Ibid*, p..34..

¹⁹ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, p..39.

As transformações econômico-sociais ocasionadas pelo final das duas grandes Guerras Mundiais, fizeram surgir uma nova ordem. A transformação do Estado liberal em Estado Social, estabeleceu grande ruptura com os pensadores dos séculos XVII à XIX.

O fim das ditaduras totalitaristas que dominaram a primeira metade do século XX, e o surgimento de uma nova ordem econômica e social, fez com que o direito clássico não mais respondesse aos anseios sociais, nem mesmo às necessidades dos homens.

Por esta razão, necessária é a compreensão da proteção que é conferida ao indivíduo e aos seus direitos de personalidade, no contexto nacional.

2.2.1. A compreensão da proteção à personalidade no cenário nacional

A difícil tarefa de traduzir a proteção da personalidade em texto jurídico suficientemente capaz de revelar tantas facetas para personalidade humana, não é novidade, mesmo estando o homem no centro do ordenamento jurídico civil.

Desde a redação do Código Napoleônico, em 1804, de relevante inspiração para as legislações posteriores, o homem está no foco das previsões normativas.

O homem do século XXI, este mais cômico de que, embora ainda esteja no centro da proteção jurídica, vive em sociedade, e por isso, as legislações contemporâneas têm buscado redacionar previsões que possam atender ao homem sim; mas ao homem em seu contexto social.

A noção acerca dos direitos de personalidade, como aqueles “direitos primeiros²⁰”, evoluiu e ganhou dimensão mais ampla, ao longo dos tempos.

Iniciar-se-á, assim, a discorrer sobre a evolução histórica dos direitos de personalidade, no direito brasileiro a partir do Código Civil de 1916, para se chegar à tutela contemporânea, com enfoque nos efeitos advindos das práticas de reprodução humana assistida.

O ingresso da tutela dos Direitos de Personalidade deu-se através da *iniura*, da *actio iniuriarum*, como já se viu na abordagem feita anteriormente sob o título

²⁰SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, p.19.

“Breve análise histórica dos Direitos de personalidade”, através da existência de uma cláusula geral de proteção da personalidade, oriunda das ordenações.

Com o advento do Código Civil de 1916, em contrapartida, não houve a disciplina dos direitos de personalidade. Os interesses predominantes da época direcionaram a preocupação do legislador, apenas para os assuntos relativos aos interesses patrimoniais das classes dominantes.

O anteprojeto de Código Civil, elaborado por Orlando Gomes, abordou os Direitos de Personalidade, embora apegado à concepção tipificadora e fracionária, Logo, deixando de prever cláusula geral.

No ordenamento jurídico brasileiro, de 1916, quando da redação do Código Civil, a forte influência do direito francês fez com que todo o texto escrito sob a inspiração do individualismo patrimonialista, reflexo da sociedade eminentemente hierarquizada, heterossexual, patriarcal e matrimonializada²¹.

Decorre que as rápidas transformações sociais acompanhadas, nem tão tempestivamente, pelas reconstruções jurídicas, geraram a necessidade de urgentes modificações nos textos legais. Na verdade, a necessidade primária não era, obrigatoriamente, a de modificar os textos; mas sim, essencialmente, de mudar a maneira de enxergá-los, reinterpretando-os.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e suas previsões novas, vários dispositivos que compunham o ordenamento da época foram revogados, muitos deles, do Código Civil de 1916, então vigente.

O fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil, tal como foi denominado este movimento de reinterpretação dos textos legais, e na expressão freqüentemente utilizada por Maria Celina Bodin de Moraes²², trouxe, de fato, muitas

²¹FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*, 359 p.

²²MORAES, Maria Celina Bodin de. *Constituição e Direito Civil: tendências*, p.57. Neste texto, a autora, em comentário a esta tendência do Direito Civil, após o advento da Constituição Federal de 1988, assim descreve: “(...) a normativa constitucional se encontra no ápice do ordenamento jurídico, os princípios nela presentes se tornaram, em consequência, as normas-diretivas, ou normas-princípio, para a reconstrução do sistema de direito privado. Nada serve, pois, continuar repisando indefinidamente, que os conceitos jurídicos fundamentais de direito privado são aqueles contidos na sistemática codicística, quais sejam, a autonomia privada e seus desdobramentos, a propriedade e o contrato. É preciso, ao contrário, buscar perceber e valorar o significado profundo, marcadamente axiológico, da “constitucionalização” do direito civil”. E ainda, continua: “a transposição das normas diretivas de direito civil do texto do Código Civil para o da Constituição acarreta relevantíssimas consequências jurídicas que se delineiam a partir da alteração da tutela que era oferecida, pelo Código, ao “indivíduo” para a proteção, garantida pela Constituição, à dignidade da pessoa humana e por ela elevada à condição de fundamento da República Federativa do Brasil”.

modificações; uma vez que continha, em muitos dos casos, previsões totalmente contrárias às até então vigentes.

Parte-se da consideração de que o direito primordial do ser humano é o direito à vida, pela redação do artigo 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil. Entretanto, a Constituição pátria foi omissa, na medida em que não previu expressamente, sobre o direito à vida, desde a concepção, deixando, para previsão infraconstitucional, a definição do momento em que a vida se inicia.

O Título I da Constituição Federal de 1988 trouxe, entretanto, como princípios norteadores, o da proteção à dignidade humana (artigo 1º, inciso III) e o da prevalência dos direitos fundamentais do homem, garantindo-os. Dentre os princípios fundamentais, a Magna Carta, trouxe o princípio da igualdade inserido em sua parte preambular, e no referido *caput* do artigo 5º.

O princípio da dignidade da pessoa humana funciona como cláusula geral que tutela direitos, e de personalidade, pois, é ele que garante a proteção e o desenvolvimento da personalidade do indivíduo. O conceito de dignidade confunde-se com o de personalidade; já que nasce com o indivíduo, e esta idéia constitui-se como princípio basilar do Estado Democrático de Direito²³.

Na prática, no Brasil, existe uma grande parcela de direitos que não estão regulamentados, em razão do surgimento de problemas decorrentes da transindividualidade e dos avanços tecnológicos (com reflexos especialmente, no campo da Medicina). Por outro lado, o Legislativo, é por vezes invadido pelo Poder Executivo, que decreta medidas provisórias, exercendo, algumas das vezes, uma função legislativa exagerada, tirando a garantia dos cidadãos, do acesso à produção democrática das leis.

A Constituição Federal de 1988 trouxe, conseqüentemente, a dimensão publicizada do Código Civil, que acelerou a necessidade de uma reformulação no seu texto. O Código Civil de 2002, que entrou em vigor em 2003, trouxe em si, proteção a uma série de realidades fático-jurídicas que já clamavam por atenção.

²³Neste sentido: "A dignidade da pessoa é princípio fundamental da República Federativa do Brasil. É o que chama de princípio estruturante, constitutivo e indicativo das idéias diretivas básicas de toda a ordem constitucional. Tal princípio ganha concretização por meio de outros princípios e regras constitucionais formando um sistema interno harmônico, e afasta, de pronto, a idéia de predomínio do individualismo atomista no Direito. Aplica-se como leme a todo ordenamento jurídico nacional compondo-lhe o sentido e fulminando de inconstitucionalidade todo preceito que com ele conflitar. É de um princípio emancipatório que se trata". FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*, p.179-180.

Apesar de alguns avanços, entretanto, algumas questões deixaram de ser tratadas, ou foram tratadas de forma confusa, incompleta, tímida. A questão do início da personalidade jurídica do ser humano, por exemplo, foi, e ainda é, questão debatida em todas as esferas do pensamento jurídico.

Assim, no Código Civil de 2002, a tutela da personalidade humana apareceu no Livro I (Das Pessoas); Título I (Das pessoas naturais), Capítulo II (Dos Direitos da Personalidade), artigos 11 a 21, e pode ser dividida em duas categorias. O artigo 12, que traz uma cláusula protetora ao Direito Geral de Personalidade; e os artigos 13 a 21, que abordam alguns tipos: nos artigos²⁴ 13, 14 e 15, que dispõem sobre o corpo, e a integridade física. Os artigos 16, 17, 18 e 19, deliberam acerca do nome e seus efeitos; e o 20 e 21, abordando as questões atinentes à vida privada e à vida íntima.

Esta postura casuística, na visão do professor Elimar Szaniawski²⁵, não foi a mais acertada, visto que os Direitos Especiais de Personalidade poderiam ter sido tratados em cláusulas gerais menores, e afirmou: “As cláusulas gerais contidas no Código Civil devem ser lidas e interpretadas em consonância harmônica com a ideologia sobre a qual se assenta a Constituição, como um sistema jurídico uno, alicerçado sobre seus princípios eminentemente sociais que asseguram o bem estar comum, mas que, igualmente, tem por base o respeito à pessoa humana e à sua dignidade, expressas como princípio fundamental no inciso III, do art. 1º”.

Inclusive, o artigo 1º, da Constituição do Brasil, constitui-se em uma norma geral de tutela da personalidade humana, em seus incisos II e III, que deve ser lida em conjunto com o art. 12, do CC. A leitura do Código Civil, por conseguinte, deve ser feita à luz dos princípios constitucionais, para que se pratique a justiça social.

Houve hesitação, por parte do legislador, ora estipulando a proteção através de cláusulas gerais; ora pretendendo tratar os desdobramentos desses direitos em cláusulas específicas.

Algumas codificações fizeram previsões gerais e específicas concomitantemente, como por exemplo, o Código Civil Alemão, que protegeu, de

²⁴Artigo 13, do Código Civil brasileiro de 2002 – “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial”; Artigo 14 – “É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo”.

²⁵SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, p.179.

forma expressa, a proteção dos direitos à imagem, ao nome e o direito do autor, mas que em seu § 823 prevê que “aquele que, por dolo ou negligência, lesa ilicitamente a vida, o corpo, a liberdade a propriedade ou qualquer outro direito da pessoa, fica obrigado perante esta a reparar o dano causado²⁶”, abrindo aqui, através da expressão “qualquer outro direito da pessoa”, uma margem interpretativa maior, através de cláusula geral.

No Direito Suíço, a aparente solução pela proteção dos direitos de personalidade, de forma bastante ampla, por prever, no artigo 28º, um “direito geral de personalidade²⁷”, torna-se insuficiente, uma vez que limita-se o direito de ação, quando versar sobre ressarcimento de dano moral. Já na mesma linha da Alemanha, a Suíça determina que, quando se trata de ação para pagamento em dinheiro, da reparação moral, a mesma somente poderá ser intentada nos casos previstos em lei.

Reporta-se, a partir deste estudo, portanto, à necessária atitude de proteção que deve ser dada não apenas ao casal, ao médico, ao doador de células germinais; mas também, e especialmente, às crianças advindas das gestações ocasionadas por procedimentos de reprodução assistida.

E mais: a proteção que deve ser dada ao embrião, gerado a partir de tais procedimentos. Por ser demasiadamente polêmica a questão da proteção jurídica do embrião, optou-se, neste capítulo, por estabelecer, a partir das correntes doutrinárias existentes, a partir de que momento existe vida humana tutelável, desde a fase embrionária. É o que se verá a seguir, sem pretensão de esgotamento, mas apenas a título elucidativo e para uma melhor tomada de posição.

2.3. As correntes doutrinárias acerca do início da personalidade

Para que se possa compreender o que caracteriza os direitos de personalidade, é mister esclarecer qual é o momento em que o indivíduo adquire

²⁶DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p.128.

²⁷SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, p.94.

personalidade, muito embora este tema seja um assunto bastante polêmico na esfera doutrinária.

Existem, assim, diversas doutrinas acerca do início da vida humana, as quais estão inseridas, como sub-divisões, em duas grandes teorias: a concepcionista e genético-desenvolvimentista²⁸.

Pela concepcionista, tem início, o ciclo de vida humana, quando da fecundação, ou seja, a partir da fusão das duas células germinativas, a feminina e a masculina. Portanto, a partir deste conceito, no qual todos os dados genéticos já estariam presentes, ter-se-ia, segundo este pensamento, um ser humano. A personalidade civil do homem começaria desde a concepção, considerando-se que, se o nascituro tem direitos, deve ser considerado pessoa.

Na linha de raciocínio da teoria concepcionista tradicional, que não reconhece o vínculo entre mãe e filho, defendendo a autonomia do filho individualmente, desde o momento em que passa a ter carga genética; admite a existência da personalidade desses indivíduos ainda não nascidos. Ou seja, a partir do momento da concepção propriamente dito (os gametas masculino e feminino formam o zigoto), sendo, portanto, considerados pessoas, e o embrião e o nascituro, considerados pessoas portadoras de capacidade, os indivíduos nascidos com vida e que vivenciam a vida fora do útero materno²⁹.

Assim, “o concepturo³⁰, o embrião, e o nascituro são, desde a fecundação um ser humano individualizado, distinto da mãe, possuidor de autonomia genético-biológica” nos dizeres de Eduardo de Oliveira Leite³¹. Portanto, para os adeptos desta teoria, e embrião e o nascituro, desde a concepção, são considerados seres dotados de uma estrutura dinâmica autônoma.

²⁸Conforme a classificação que faz Eduardo Leite. LEITE, Eduardo de Oliveira. O Direito do embrião humano: mito ou realidade, *passim*.

²⁹Em paráfrase à leitura das lições do autor. SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, p.67.

³⁰*Data venia*, a expressão concepturo não parece ser adequada, uma vez que sugere aquele que ainda não foi concebido, e, portanto, antes da concepção somente existem as células germinativas. A partir da concepção forma-se o concebido, ou concepto, o embrião, propriamente dito.

³¹LEITE, Eduardo de Oliveira. *O direito do embrião humano: mito ou realidade*, p.31-52.

Como sub-divisão da teoria concepcionista, algumas outras são no sentido de partir da diferenciação de fertilização e concepção³², que são termos geralmente utilizados como sinônimos, para traçar algumas particularidades. Assim, pela teoria da singamia, quando o espermatozóide penetra no óvulo, dá-se a fertilização, e por isso, pela junção dos gametas, inicia-se o processo de formação do ser humano. Logo, a formação do zigoto, que ocorre depois da fusão dos pronúcleos das células germinativas, já constituiria uma etapa neste processo irreversível de formação do ser humano³³.

A segunda subdivisão nesta corrente concepcionista, advoga que o início da vida humana ocorre somente quando da fusão dos pronúcleos, e neste momento dar-se-ia a concepção. Assim, tratar-se-ia, o conceito, não de um “ser humano em potência, sendo potencial apenas o seu desenvolvimento³⁴”, uma vez que seria um ser humano, desde este primeiro instante da concepção³⁵.

³²Na doutrina médico-científica, narrada por João Álvaro Dias, que a concepção ocorre quando os gametas, masculino e feminino se unem formando a célula zigótica. Entre a 11^a e a 31^a horas, depois da inseminação, os pronúcleos de cada gameta se aproximam formando o zigoto, sendo que por volta da 38^a hora após, inicia-se a primeira divisão do zigoto em duas células. É portanto, entre a 18 e a 38 horas que ocorre a concepção e a formação de um ser com informação genética própria. Este novo genoma, dotado de 46 cromossomos, possui características individualizantes. DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p.172.

Necessário se faz, neste ponto, esclarecer o que é, e em que momento de todo o processo de reprodução humana acontece a fecundação. Assim, como adverte Raquel de Lima Leite Soares de Alvarenga, ocorre a fecundação através de “um processo que se inicia no contato dos espermatozóides com a camada que rodeia o óvulo (zona pelúcida) e termina com a dissolução dos pronúcleos em processo chamado singamia”. Neste aspecto, explica a autora que, na fecundação *in vitro*, são necessários de 50.000 a 100.000 espermatozóides, já capacitados, portanto, preparados para a tentativa de fecundação. Quando um deles consegue penetrar a zona pelúcida, o “óvulo reage ativando uma camada celular para bloquear a entrada de outros espermatozóides”. Dá-se a fecundação quando, em microscópio, em média 16 a 20 horas depois, se consegue verificar os pronúcleos masculino e feminino. ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões, *In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*, p.235.

³³Segundo Maria Valeria Bacigalupo, três são os momentos decisivos para a definição do começo da vida humana: o começo do genótipo, a etapa da implantação, e o desenvolvimento do sistema nervoso. É assim o texto original, em espanhol: “(...) a) *el principio del genótipo*; b) *la etapa de la implantación que generalmente coincide con el momento de la segmentación que generalmente coincide con el momento de la segmentación en el caso de gemelos idénticos*; c) *el desarrollo de la corteza cerebral*”. BACIGALUPO, Maria Valeria Massaglia. *Nuevas formas de procreación y el derecho penal*, p. 23.

³⁴VASCONCELOS, Cristiane Beuren. A proteção jurídica do ser humano *in vitro* na era da biotecnologia, p. 40.

³⁵Neste sentido, é também a lição da autora: “*com el huevo o cigoto comienza un nuevo ser, distinto del padre y de la madre*”. BACIGALUPO, Maria Valeria Massaglia. *Nuevas formas de procreación y el derecho penal*, p. 24.

A teoria genético-desenvolvimentista, e seus desdobramentos doutrinários, condiciona o início do ciclo de vida humana às fases que considera, conforme a corrente, mais ou menos importantes para o desenvolvimento embrionário. Assim, “de acordo com o estágio evolutivo do embrião surgem as teorias: do pré-embrião, da nidação do ovo, da personalidade condicional e a natalista³⁶”. Atribui-se, conforme a fase considerada relevante, momentos distintos para a aquisição da dignidade humana, em paráfrase ao pensamento de Eduardo de Oliveira Leite³⁷.

A primeira sub-divisão desta corrente, a do pré-embrião, também designada por “critério do 14º dia”, considera que o conceito, apesar de ser de natureza humana, ainda não é ser humano, mas apenas uma célula progenitora humana com capacidade para gerar indivíduos da mesma espécie. Neste sentido, condena-se a expressão “pré-embrião” adotada no Relatório Warnock, uma vez que nada existe antes do embrião, a não ser as células germinativas; ou seja, o embrião marcaria, em argumento concepcionista, o início do ser humano³⁸.

Para os adeptos da corrente da nidação do ovo, o início seria quando da fixação do ovo no útero materno, o que acontece em torno do sexto dia, e termina entre o sétimo e o décimo segundo dias depois da fecundação. Assim, os embriões fecundados *in vitro* e não implantados no útero da mulher, nada mais seriam do que apenas amontoado de células, já que ainda não foram implantados no útero, tampouco nidados.

A principal crítica a esta teoria é a da professora Jussara Meirelles, uma vez que prevê que “ao se subordinar a aquisição de direitos pelo embrião pré-implantatário à condição representada pela sua transferência ao útero seguida de nidação, seja sob o caráter suspensivo, seja pelo resolutivo, estar-se-ia reduzindo a referida titularidade à vontade de outrem³⁹”.

³⁶VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *Ibidem*, p. 41.

³⁷LEITE, Eduardo de Oliveira. O Direito do embrião humano: mito ou realidade, p. 35.

³⁸A expressão é condenável, pela imprecisão terminológica, embora seja bastante utilizada, em sede doutrinária. Maria Valeria Bacigalupo, inclusive sugere que seja adotada uma forma de proteção para o “pré-embrião”, e outra para o embrião. BACIGALUPO, Maria Valeria Massaglia. *Nuevas formas de procreación y el derecho penal*, p. 37.

³⁹MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Os embriões humanos mantidos em laboratório e a proteção da pessoa: o Código Civil brasileiro e o texto constitucional. In: BARBOZA, Heloísa Helena *et al.* *Novos temas de bioética e biodireito*, p. 88.

A personalidade, portanto, primeiramente, coincidia com o nascimento, já que o feto era entendido como parte das vísceras da mãe⁴⁰, não possuía, pois, individualidade; e, por isso, não poderia ter direitos, embora seus interesses fossem protegidos. Em seguida, para o nascituro era exigido o nascimento com vida, e a forma humana dotada de vitalidade, muito embora houvesse uma corrente que não considerasse a vitalidade como requisito de existência do ser humano⁴¹.

Como embasamento legal desta corrente doutrinária, seus adeptos utilizam-se do texto do artigo 2º do Código Civil de 2002, que prevê que “a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro⁴²”. Muito embora, no artigo 1798⁴³, haja proteção, para a garantia da vocação hereditária, às pessoas “nascidas ou já concebidas, no momento da abertura da sucessão”, dando margem à uma interpretação através da teoria concepcionista⁴⁴.

A polêmica aflora em relação ao embrião concebido *in vitro* e crioarmazenado através de técnicas modernas de preservação de embriões e gametas pelas clínicas de fertilização assistida. A dúvida paira em saber se este ser em desenvolvimento, não inserido no corpo de uma mulher, pode ser considerado pessoa, ou seria apenas objeto de propriedade de seus doadores, pais biológicos⁴⁵.

A determinação da personalidade do indivíduo a partir da consideração das doutrinas sobre o início da vida humana é fundamental para a definição do destino

⁴⁰Conforme explica o autor, “o direito romano considerava o embrião como parte das vísceras da mulher, não vislumbrando o feto como um ser vivo independente, um ser humano que está em desenvolvimento.”, SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, p.63-64.

⁴¹CHAVES, Benedita Inês Lopes. A tutela jurídica do nascituro, p. 25-34.

⁴²Código Civil brasileiro de 2002.

⁴³Código Civil brasileiro de 2002.

⁴⁴E corroborando a esta proteção estabelecida no Código Civil, o autor salienta para a interpretação concepcionista que deve ser feita, a partir da leitura da Parte Especial deste Código, já que, em diversos artigos, previu a proteção ao concebido: “(...) no parágrafo único do art. 1609, o reconhecimento de filho antes mesmo de nascer; no art. 1779, dispõe sobre a curatela de nascituro; e, no art.1798, legitima como sucessoras as pessoas já concebidas no momento da abertura da sucessão”. SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, p..65.

⁴⁵Sobre o tema, diversos autores têm discorrido. Confira-se: SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, p..63-70 e 146-154; e também, da mesmo autor, *O embrião excedente – O primado do direito à vida e de nascer*. E ainda, ALMEIDA, Silmara J.A.Chinelato e. *Tutela Civil do Nascituro*, p.112-297; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*, p.59-61.

dos embriões excedentários; além de outras questões relacionadas à eugenia genética, por exemplo, pela determinação seletiva de quais são os embriões em condições mais propícias de desenvolvimento.

Ainda há os casos em que, a partir da gravidez oriunda das técnicas de procriação assistida, o casal venha a pleitear indenização para casos em que os direitos de personalidade da criança não tenham sido respeitados. Há registro de casos em que, em virtude de erro na manipulação de material genético, quando da realização da reprodução assistida, os pais vieram a requerer indenização⁴⁶.

Assim, para quem considera o embrião uma pessoa em desenvolvimento, e por isso, merecedora de proteção jurídica, acredita, apesar disto, que “não há ainda personalidade jurídica; não há em consequência capacidade de gozo”. Nesta linha de pensamento, continua José Álvaro Dias:

Há isso sim, e fundamentalmente, uma especial protecção de interesses que é realizada à margem da personalidade. Se esta surgir e quando surgir tornará possível a plena função dos direitos cujos efeitos permanecem expectantes. Caso contrário, tais titularidades jurídicas estiolar-se-ão sem deixar rastro, tudo se passando como se jamais houvessem existido. Os interesses são atuais desde o momento da concepção, os direitos só surgem efectivamente com o atributo jurídico personalidade⁴⁷

Embora haja divergências, o autor em comento sustenta que, é a partir da concepção que tem início a pessoa humana, em contraposição, por exemplo, aos que apontam ser na nidação, o exato momento em que se forma o indivíduo, o que acontece cinco a sete dias após a concepção, quando da implantação do óvulo fecundado.

Há ainda, os que apontam para o momento em que o feto passa a tomar forma humana, o que ocorre, em geral, em torno da sexta semana de gravidez. E, os mais extremistas, que dizem que se trata de pessoa quando, dentro do útero, o feto

⁴⁶ANDREWS, Lori, B. Bebês sob medida: você gostaria de selecionar os traços genéticos de seu filho como escolhe um carro? Seleções – Reader-s Digest, p . 34, set. 2001, *apud* VASCONCELOS, Cristiane Beuren. A proteção jurídica do ser humano *in vitro* na era da biotecnologia.

⁴⁷DIAS, João Álvaro. Procriação Assistida e Responsabilidade Médica, p.181. É também neste sentido a lição de Eduardo Leite: “quando um espermatozóide humano fecunda um óvulo humano há, certamente, potencialidade de pessoa porque este óvulo fecundado não conduziria a outra coisa, se não a um ser humano. Esta vida, porque ela é humana, é, eminentemente respeitável e deve ser protegida desde o seu começo”, e continua para afirmar que, “a personalidade não se constrói; mas a pessoa (existe ou não existe), não pode se tornar”. LEITE, Eduardo de Oliveira. *O Direito do embrião humano: mito ou realidade*, p.42.

começa a se mexer; ou quando ele se torna viável, capaz de nascer e sobreviver com vida, o que pode acontecer, via de regra, a partir de 20 semanas de gestação⁴⁸.

Em defesa aos direitos de personalidade do embrião pré-implantatário, deve-se buscar adequar ao ordenamento jurídico pátrio, a proteção à personalidade dos embriões.

Importante salientar que este ser dotado de características tão particulares deve ser visto sob a ótica individualizante, não podendo ser admitida a argumentação de que não se trata de ser digno de tutela específica, por depender totalmente da mãe para desenvolver-se, pois “parece hoje demonstrado que tal ambiente influi sobre o desenvolvimento apenas extrinsecamente, fornecendo oxigénio e alimentação e contribuindo para a eliminação dos produtos desagradáveis segregados pelo feto após a aquisição de uma autônoma actividade vital⁴⁹”.

A proteção à dignidade, nesta mesma linha de argumentação, evita a “coisificação e instrumentalização do ser humano⁵⁰” e garante que a tutela a personalidade, de forma ampla, desde o primeiro momento da fertilização, evitando assim que o ser humano embrionário sirva apenas como meio para satisfação de interesses diversos, como por exemplo, experimentação científica.

Para Silmara Almeida⁵¹, “a fecundação é o momento inicial do desenvolvimento humano”, aderindo, portanto, à teoria concepcionista, para considerar o início da personalidade, desde a concepção. Além disso, estende a proteção ao nascituro, entendido como pessoa, desde a concepção *in vivo*, ou *in vitro*, dando amplitude ao direito à vida, e ao direito de viver do nascituro.

Assim, seguindo esta inspiração, afirma Jussara Meirelles⁵², que “mesmo na ausência de disposição específica no direito positivo, há que se buscar proteção aos

⁴⁸Sobre as distintas etapas do processo de desenvolvimento do ser humano, na fase embrionária, Maria Valeria Bacigalupo, estabelece estas distinções. BACIGALUPO, Maria Valeria Massaglia. *Nuevas formas de procreación y el derecho penal*, p. 21-39 e também FÉRNÁDEZ, Maria Cárcaba, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, p.137-163.

⁴⁹DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p.175.

⁵⁰VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia*, p.113.

⁵¹ALMEIDA, Silmara J.A. Chinelato. *Tutela Civil do Nascituro*, p.112.

⁵²MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*, p.61.

embriões mantidos em laboratório, porquanto seres dotados de vida cujo amparo se mostra inafastável. Daí porque seu estatuto jurídico não se deva resumir à lei *strictu sensu*, posto que a vida não se limita ao direito legislado sobre a vida.”

Sugere-se, portanto, à título de posicionamento acerca da questão, que o nascituro seja considerado como o conceito, mas não apenas aquele nidado e já instalado no útero materno; e sim, o que concebido oriundo da fertilização *in vitro*, propondo uma ampliação do conceito para a proteção do direito à vida. Como fundamentação jurídica utiliza o Pacto de São José da Costa Rica⁵³, que em seu Artigo 1º, §2º e artigo 4º, §1º, prevê como pessoa todo o ser humano, desde a concepção, fundamentando-se, desde então, a noção de pessoa.

Outra questão que tem ensejado discussão é a terminológica. Entenda-se, sob uma das visões acerca do tema, que o embrião é o formado a partir da fusão dos gametas masculino e feminino. A utilização da expressão pré-embrião, por alguns doutrinadores, quer sugerir que se trata de “algo” que ainda não é digno de tutela jurídica, tendo em vista o sua “pré” situação; ou seja, ainda não é, está por ser. Destarte, parece incoerente afirmar que possa existir algum estágio evolutivo anterior ao do embrião. Antes do embrião somente existem células germinativas, gametas. O gameta feminino e o masculino se unem para formar o embrião, está é a lógica clássica com quem se orientando toda a área médica e biológica.

Assim, parece assistir razão ao pensamento de João Álvaro Dias ao afirma que:

Tais embriões, pese embora o seu diminuto desenvolvimento, são seres humanos que têm potencialidade biológica que haverá de evoluir até a sua conformação plena no seu meio natural, ou seja, no útero materno; carregam já consigo toda a informação genética que faz com que sejam sujeitos da espécie humana⁵⁴.

Existe, portanto, uma parcela da doutrina, e da jurisprudência (em menor quantidade), que reconhecem ao nascituro, a capacidade de ser parte ativa, já que a

⁵³CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (1969) - PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA – Artigo 1º, §2º - “(...) Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano. E, em seguida, no Artigo 4º, §1º - “(...) Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

⁵⁴E complementa, em outra passagem: “A localização do embrião ou o estado primário do seu desenvolvimento não são obstáculos intransponíveis capazes de legitimar uma disciplina de excepção”. DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p.209, 216.

lei lhe garante direitos. Na jurisprudência, na tentativa de demonstração da realidade mais prática, percebe-se, através da análise de diversos julgados, que há preocupação em proteger e tutelar juridicamente, os interesses do nascituro, como se pode constatar, a partir, por exemplo, dos seguintes julgados:

Na seara legislativa, embora com bastante timidez, em 2008, a Lei de Alimentos Gravídicos, surgiu no ordenamento jurídico brasileiro, para dar proteção ao nascituro, desde a concepção; muito embora a proteção tenha sido mais em caráter patrimonial, do que em sede de proteção à personalidade.

Mais precisamente, em 05/11/2008, pela Lei nº 11.804, garantiu-se, no artigo 2º, que a mulher, da concepção ao parto, poderá pleitear alimentos capazes de atender às suas “despesas adicionais⁵⁵”, desde que haja indícios de paternidade, com base no trinômio possibilidade-necessidade-proporcionalidade. Assim, em outras palavras, diante da concepção, que diga-se de passagem, não foi especificado se era *in vitro* ou *in vivo*, a mulher poderá solicitar alimentos gravídicos, para dar suporte às suas despesas, tendo em consideração a possibilidade financeira do suposto pai, a necessidade da futura mãe e a proporcionalidade, como forma de equilíbrio entre os dois preceitos clássicos do direito à alimentos.

Ademais, “da concepção ao parto” é um período longo, quiçá indeterminável, se a interpretação for mais abrangente e comportar as hipóteses de despesas para a manutenção dos embriões, que desde a concepção, já precisam de suporte financeiro, uma vez que os procedimentos para crioarmazenagem de embriões, são dispendiosos.

Longe, portanto, de encontrar a melhor a resposta, recomenda-se, apenas, em que pesem os entendimentos em contrário, que o embrião, *in vitro* ou *in utero*, deve ter tutela jurídica do Estado, pois foi para proteger os direitos de personalidade dos indivíduos que ele surgiu. Por esta razão, é que passar-se-á à análise da proteção do ser humano embrionário, na esfera supranacional.

⁵⁵ A Lei nº 11.804/2008, estabelece, *in verbis*, o seguinte, em seu Artigo 2º - “Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes. Parágrafo único – Os alimentos de que trata este artigo referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos”.

2.4. Da proteção supranacional ao ser humano embrionário

As primeiras considerações para o estudo da legislação supranacional, dar-se-ão pela análise das características gerais, de Tratados e Convenções Internacionais. Para tanto, parte da distinção terminológica entre direitos fundamentais e direitos humanos, para determinar que os primeiros referem-se aos direitos que protegem o ser humano, mas que estão positivados por um determinado ordenamento jurídico, dentro de um Estado. Os direitos humanos, devido à pretensão de universalidade a eles inerente, referir-se-ia àqueles direitos que reportam diretamente e incondicionalmente ao ser humano, independente da ordem constitucional à qual esteja vinculado.

A partir da II Guerra Mundial, houve necessidade de buscar a disciplina legal para a proteção do ser humano, tendo em vista as atrocidades praticadas contra o gênero humano nos campos de concentração, especialmente no que tange à experimentação científica. Assim, é que os países vencedores da II Guerra Mundial instauraram o Tribunal Internacional de Nuremberg (1945), responsável pelo julgamento das denúncias relativas aos crimes de guerra. A produção do Código de Nuremberg (1947), dois anos depois, buscava estabelecer princípios para a realização de experiências científicas em seres humanos. Surgiu a necessidade, por primeira vez, de um consentimento individual que era exigido daqueles que desejavam submeter-se às pesquisas científicas; entretanto, não se fazia referência às pesquisas com seres humanos concebidos e não nascidos, o que ainda não era possível⁵⁶.

Baseada nesta idéia de que existem direitos que são inerentes ao ser humano, e que ao Estado cabe a tarefa de reconhecê-los apenas, é que em 1948, nasceu a Declaração Universal dos Direitos do Homem, com a pretensão

⁵⁶Conforme relata a autora que, uma vez percebida a necessidade do consentimento individual, foram estipuladas três premissas básicas que deveriam estar presentes: a “da utilidade, da inocuidade e da autodecisão do participante. Proibindo enfaticamente a sujeição humana a propósitos políticos, eugenésicos ou bélicos, bem como a qualquer espécie de crueldade ou tortura, tinham como prevaletentes os interesses da pessoa em detrimento dos interesses da ciência e da sociedade”. VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia*, p.90-91.

universalizante de proteger todos os direitos intrínsecos a condição de qualquer ser humano, a qualquer tempo e em qualquer lugar. O artigo 6º prevê que “todo ser humano tem direito ao reconhecimento, em todos os lugares, de sua personalidade perante a lei⁵⁷”.

Em 1966, a Assembléia Geral das Nações Unidas, ao reconhecer dois pactos internacionais de direitos humanos (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), deu motivação à Convenção Americana de Direitos Humanos, em 1969, onde foi elaborado o Pacto de San José da Costa Rica. Tal pacto trouxe proteção integral ao ser humano, reconhecendo a sua personalidade incondicional e não fazendo distinção entre a vida extra ou intra-uterina. O Brasil aprovou o conteúdo deste pacto pelo Congresso Nacional, em 26 de Maio de 1992, através do decreto legislativo nº 27, incorporando-o ao ordenamento pátrio⁵⁸.

A Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, de 1997, buscou consagrar a proteção do genoma humano, protegendo a dignidade do ser humano, a liberdade de pesquisa e a preocupação com a solidariedade. Outro documento que também é analisado pela autora, é o Programa de Ação de Viena, de 1993.

Esta Declaração de 1997, condenou a prática da discriminação genética, ao estabelecer, em seu artigo 2º, que: “a) todos têm direito ao respeito por sua dignidade e seus direitos humanos, independentemente de suas características genéticas. b) Essa dignidade faz com que seja imperativo não reduzir os indivíduos a suas características genéticas e respeitar sua singularidade e sua diversidade⁵⁹”. A vedação à prática discriminatórias deste gênero, visa à proteção dos direitos humanos, na dimensão da dignidade da pessoa humana, e para a proteção das liberdades fundamentais.

Ademais, já em 1997, pela Declaração referida, já foi prevista, em seu artigo 10, que “nenhuma pesquisa ou aplicação de pesquisa relativa ao genoma humano,

⁵⁷Declaração Universal dos Direitos do Homem, 10/12/1948.

⁵⁸VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia*, p.92.

⁵⁹Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, de 1997. In: PESSINI, Leocir et BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*, p. 722.

em especial nos campos de biologia, genética e medicina, deve prevalecer sobre o respeito aos direitos humanos, às liberdades fundamentais e à dignidade humana dos indivíduos ou, quando for o caso, de grupos de pessoas⁶⁰.

Vários outros Pactos, Convenções e Declarações, Acordos internacionais foram redigidos pelas nações envolvidas na proteção integral da pessoa humana, desde 1947, com o Código de Nuremberg⁶¹; e nesta tônica é que a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, de 2005, trouxe, em seu texto, a preocupação pelas “questões éticas relacionadas à medicina, às ciências da vida e às tecnologias associadas quando aplicadas aos seres humanos, levando em conta suas dimensões sociais, legais e ambientais⁶²”.

Na verdade, buscou conciliar a noção de que as pesquisas científicas são importantes e essenciais para a evolução social, especialmente, para o aprimoramento da saúde dos seres humanos; com a idéia de que, embora importantes, tais pesquisas não podem ferir aos direitos humanos, à dignidade da pessoa humana, e à liberdade do indivíduo, como direito fundamental.

No contexto ibero-latino-americano, e no esteira dos ideais introduzidos pela Declaração Universal da UNESCO sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos de 1997, e o Convênio do Conselho da Europa para a Proteção dos Direitos Humanos e Biomedicina, de 1997; foi elaborada a Declaração Ibero-Latino-Americana sobre Direito, Bioética e Genoma Humano, em 2001, no sentido de proteger o ser humano dos efeitos negativos provenientes do acelerado desenvolvimento da biotecnologia, mormente, no âmbito da genética.

A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos de 2005, em atenção aos acelerados avanços verificados nas áreas de ciência e tecnologias, e aos reflexos provocados por esta revolução da biotecnologia, nasceu para pedir atenção aos aspectos éticos provenientes destas mudanças, para que seja

⁶⁰Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, de 1997. In: PESSINI, Leocir et BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*, p. 724.

⁶¹O Código de Nuremberg, já em 1947 estabeleceu que todas as pessoas submetidas à experimentação deveriam expressar seu consentimento, em demonstração ao seu direito de escolha; ademais, tais experimentos não poderiam causar sofrimento aos envolvidos, garantido-se assim, que os resultados positivos e os avanços sociais seriam produzidos, sem o sofrimento dos envolvidos.

⁶²É este o teor da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. In: PESSINI, Leocir et BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Ibidem*. p. 591-608.

garantido o direito à dignidade da pessoa humana, em respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais.

Utilizou-se das proposições já solidificadas ao longo dos tempos, desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, adotada em 1997, pela Conferência Geral da UNESCO, à Declaração Internacional sobre os dados Genéticos Humanos, de 2003.

Questões como a necessidade de consentimento expresso para qualquer intervenção médica, o respeito à privacidade e à confidencialidade, ao proteger os indivíduos da exposição desnecessária; foram previstas, na referida Declaração de 2005⁶³, como reflexos das tendências contemporâneas, das legislações mundo afora. Mesmo a Lei da Biossegurança, pela omissão ao deixar de tratar, mais especificamente, acerca do estatuto jurídico do embrião, previu a necessidade de consentimento dos genitores.

Merece destaque, neste estudo com enfoque na proteção internacional do indivíduo em pesquisas científicas, a Declaração de Helsinque, de 2000, através da qual a Associação Médica Mundial propôs, através de um conteúdo voltado para princípios éticos, fornecer diretrizes para os profissionais da área médica, nas pesquisas envolvendo seres humanos⁶⁴.

Passadas, portanto, estas breves considerações acerca das manifestações internacionais na seara dos direitos humanos, por apresentarem-se como gênero do qual os direitos de personalidade estão intrínsecos, passa-se, em seguida, e porque já é hora, para as questões relacionadas à reprodução humana assistida, propriamente dita. Entretanto, antes mesmo de chegar-se às técnicas e

⁶³É a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, neste sentido: “Artigo 6 – a) Qualquer intervenção médica preventiva, diagnóstica e terapêutica só deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido do indivíduo envolvido, baseado em informação adequada. O consentimento deve, quando apropriado, se expresso e pode ser retirado pelo indivíduo envolvido a qualquer hora e por qualquer razão, sem acarretar desvantagem ou preconceito.(...)Artigo 9 – A privacidade dos indivíduos envolvidos e a confidencialidade de suas informações devem ser respeitadas. Com esforço máximo possível de proteção, tais informações não devem ser usadas ou reveladas para outros propósitos que não aqueles para os quais foram coletadas ou consentidas, em consonância com o direito internacional, em particular com os direitos humanos internacionais”. In: PESSINI, Leocir et BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*, p. 598-600.

⁶⁴A Declaração de Helsinque determinou, como abrangência da expressão “seres humanos”, o material humano identificável ou dados identificáveis, visando a proteção integral do indivíduo, desde o seu mapa genético.

particularidades, mister se faz compreender, neste novo contexto tão marcado pela evolução biotecnológica, o que mudou na concepção de família, e de filiação, para que se chegue à análise do novo conceito de pessoa, em face destes avanços.

3. A proteção do ser humano em face da evolução biotecnológica

3.1. Os novos paradigmas

3.1.1.A compreensão da família contemporânea

Houve uma mudança no conceito de reprodução humana: o que antes, e durante muito tempo era atribuição apenas e tão somente, de Deus, como pregava a Igreja, ou da natureza humana; passou a ser também, fruto da obra humana, da ciência e da biotecnologia.

Desde as mais remotas eras, o conceito de que o homem deveria dar continuidade à sua espécie, como forma de exercício pleno da sua dignidade, esteve muito impregnado nos mais diversos grupos sociais, nas mais variadas épocas. A descoberta da infertilidade, portanto, antes tida como uma espécie de restrição divina, e hoje, como uma consequência da dinâmica da vida moderna, sempre gerou e gera, na maior parte dos casais, um certo desequilíbrio emocional; inclusive após a descoberta de que pode haver infertilidade masculina⁶⁵. Aqueles que, por diversas razões, desejam ter filhos, e não podem, de forma natural, encontraram, no desenvolvimento das técnicas de reprodução humana assistida, uma forma de superar a esterilidade natural.

Assim, a reprodução sexuada poderá ocorrer de duas formas: a natural, ou espontânea, quando da união natural dos gametas masculino e feminino através da

⁶⁵Em recente notícia na BBC Brasil divulgou-se que, em Conferência Européia de Fertilidade, em Barcelona, na Espanha; descobriu-se que os índices de infertilidade podem estar ligados à idade do homem. "Os pesquisadores analisaram cerca de 12 mil casais em tratamento para infertilidade e observaram que a qualidade do sêmen começa a deteriorar a partir dos 35 anos e cai de maneira significativa após os 40 anos de idade. Segundo o estudo, a índice de gravidez por ciclo de tratamento cai de 13,6% entre os casais com homens na faixa etária do início dos 30, para 9,3% entre aqueles com mais de 45 anos." A pesquisa também revelou que na maior parte dos casos, verificou-se que queda dos índices de fertilidade estão ligados ao homem, e não à mulher, como durante muito tempo se pensou. Os pesquisadores analisaram também a idade das mulheres, no entanto, o estudo sugere que a queda no índice de fertilidade estava associada com a idade dos homens e não de suas parceiras.; embora não tenham sido apuradas as possíveis causas desta infertilidade.O texto integral está disponível em http://www.estadao.com.br/vidae/not_vid201556,0.htm. Acesso em 27/02/2009.

relação sexual heterossexual; e a assistida, quando há intervenção de equipe médica especializada para a tentativa de obtenção de gravidez.

A relevância do estudo acerca dos efeitos jurídicos das práticas de reprodução assistida, decorre, necessariamente, da natureza das relações envolvidas, tendo que vista que o casal que busca auxílio através destes procedimentos, almeja a realização do seu projeto parental, de forma a complementar a família.

Importante aspecto, relacionado ao tema, embora que de forma indireta, é o referente a formação deste novo conceito de família. Tendo em vista as enormes mudanças verificadas nas sociedades, ao longo dos tempos, percebe-se que houve, de fato, uma mudança de paradigmas muito grande, neste particular aspecto que parte da compreensão conceitual do termo família e abrange todo um perfil de rica vastidão de novos elementos e situações, nunca antes imaginados.

Aquela família tradicional, matrimonial e hierarquizada, cedeu lugar, pouco a pouco, com maior ou menor resistência, a uma realidade plural, composta por novos “personagens”, e mesmo os antigos, passaram a desempenhar novos papéis.

A reprodução humana, vista como forma de prolongar a espécie, foi revista, e agora, também está orientada pelos princípios da biotecnologia; além daqueles de ordem eminentemente moral, religiosa. O ato sexual perdeu o condão exclusivo de relação para a procriação, permitindo-se a sua prática, não necessariamente ligada à idéia de comunhão de vida em comum com o parceiro; e sim, como forma de externar sentimentos oriundos da mais simples vontade.

Por outro lado, a vetusta idéia de que o casal necessita, invariavelmente, gerar prole, perdeu enfoque, sendo que, a realidade social contemporânea demonstra um índice de natalidade bem menor entre os casais; sendo bastante comuns os casos de casais que não têm filhos porque não pretendem tê-los, única e exclusivamente por isso.

Percebe-se, embora esta não seja um posicionamento uníssono, que a esterilidade não é única causa motivadora para os casais que buscam a reprodução assistida; ademais, tampouco são insuperáveis as conseqüências da esterilidade. Casos há em que os casais estéreis, não se sentem insatisfeitos pela ausência de filhos, ou ainda, há aqueles que realizam-se plenamente, como pais, pela adoção. Uma outra hipótese de ocorrência, é aquela na qual o casal que busca submeter-se aos procedimentos técnicos de reprodução assistida, não está motivado pela

esterilidade, mas pela necessidade de manipular geneticamente o embrião que será implantado no útero da mulher, em função, por exemplo, de doenças genéticas ligadas ao sexo.

Os métodos contraceptivos fornecem, ao casal, diversas e variadas formas de prevenção para que a mulher não engravide. A antiga preocupação com as gestações indesejadas só tem lugar quando as pessoas optam por não adotar nenhum método anticoncepcional; ressalvada a margem de insucessos que qualquer método contraceptivo tem.

A dinâmica social tem feito com que, o projeto parental, em uma grande parte dos casos, fique adiado. O papel que a mulher desempenha no mercado de trabalho, em condições de igualdade com o homem, fez com que a mulher-mãe em tempo integral passasse a ser figura escassa nas sociedades contemporâneas capitalistas, especialmente nas ocidentais.

Decorre que, quando o casal decide que é chegada a hora de tentar a gravidez, com o fito de dar continuidade à espécie, de complementar o núcleo familiar com os filhos; nem sempre a natureza humana está direcionada para o mesmo fim. Por inúmeras razões, para alguns casais, quando passam a tentar o desenvolvimento de uma gravidez, pode acontecer, e tem acontecido com certa frequência, e pelas mais diversas razões, que o corpo não acate ao comando, e o casal não tenha sucesso.

Em que pesem as diversas outras soluções possíveis, dentre as quais, a adoção, por exemplo, alguns casais têm procurado, através da prática da reprodução assistida, realizar o sonho de tornarem-se mãe e pai, imitando em laboratório, o que a natureza, por ela mesma, não conseguiu realizar: a fusão dos gametas feminino e masculino, com a posterior formação do embrião. São muitas as técnicas, como será visto, oportunamente, capazes de provocar a gravidez, pela via artificial. Diz-se artificial porque não é a natural, a tradicional cópula que ocorre entre o casal.

Neste diapasão, estudar e compreender os reflexos jurídicos oriundos da procriação assistida, é postura desafiadoramente necessária. No Brasil, apesar disso, verifica-se o “legislativo reinante e a estupefacta passividade dos poderes

públicos”, como leciona João Álvaro Dias⁶⁶, em comentário à realidade lusitana, mas com perfeita harmonia e integração à brasileira.

Em esfera infraconstitucional, no já comentado Código Civil de 2002, procurou-se refletir a mudança no paradigma familiar, que se deu a partir da pluralização de seus modelos; tendo sido contempladas diversas formas de filiação, dentre as quais, as advindas de reprodução assistida. No artigo 1593, previu-se, quando da disciplina das relações de parentesco, que ele pode ser “natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem⁶⁷”, aí compreendida, a reprodução assistida.

O Código Civil de 2002, em seu artigo 1597, pretendeu inovar ao contemplar novas formas de filiação. Entretanto, embora tenha ficado demasiadamente vago e impreciso, a começar pela confusão terminológica empregada. Utilizaram-se os termos fecundação, concepção e inseminação artificial como expressões sinônimas⁶⁸. Várias questões podem ser ventiladas a partir da leitura dos incisos sobre a presunção de paternidade e as técnicas de RHA. Por exemplo: a expressão “fecundação artificial⁶⁹” do inciso III, abrange a inseminação artificial (intracorpórea) e a FIV (extracorpórea)? O que é fecundação homóloga? Mesmo que falecido o marido implica em dizer que a concepção já tinha ocorrido com o marido ainda vivo ou pode ser também a fecundação *post mortem*? E na hipótese *post mortem*, como sucede o filho, como atribuir a presunção de paternidade a alguém que já teve o seu casamento extinto em decorrência da morte?

⁶⁶DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p. 27.

⁶⁷Código Civil brasileiro de 2002.

⁶⁸A fecundação ocorre quando os espermatozóides encontram o óvulo, e mais precisamente quando um (ou mais) penetra a corona radiata que é zona circundante do óvulo. A concepção, embora haja divergências, dá-se nas doze horas subseqüentes à fusão dos pronúcleos dos gametas. Conforme: ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões, In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.), *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*, p. 235-236.

⁶⁹Código Civil brasileiro de 2002, artigo 1597: “Presumem-se concebidos na constância do casamento, os filhos: [...] III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV – havido, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes da concepção artificial homóloga; V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

No inciso IV⁷⁰, as dúvidas continuam, por exemplo, na hipótese de o casal já estiver separado ou divorciado. E no inciso V⁷¹, a previsão expressa dá a entender que a única hipótese prevista é a da inseminação artificial, isto é, a técnica que permite a inserção da célula germinativa masculina, no corpo da mulher, para fusão com o óvulo, intracorporeamente. As FIV estariam descobertas de previsão legal, nesta hipótese, ou trata-se apenas de equívoco terminológico? E se o casal tiver recorrido à doação de sêmen, mesmo tendo, o marido, autorizado, expressamente, a utilização de sêmen alheio, o que fazer com o embrião, após a dissolução da sociedade conjugal?

Em 25 de Outubro de 2007, o iniciou-se a tramitação do Projeto de Lei nº 2.285/07, no Congresso Nacional, de autoria do Deputado Sérgio Barradas Carneiro, denominado de Estatuto das Famílias. Referido Projeto de Lei pretende revogar o Livro IV (Do Direito de Família), do Código Civil de 2002, e estabelecer diversos outros dispositivos de caráter material e procedimental, hoje ainda vigentes em nosso ordenamento jurídico, tais como a Lei de Alimentos, de 1968.

O Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), através da contribuição de diversos estudiosos, ajudou a elaborar o texto deste Estatuto, propondo, em seu artigo 73⁷², uma possível resolução para os casos de reprodução humana assistida *post mortem*. Embora ainda com uma certa confusão terminológica, pois utiliza-se de termos “fecundação artificial” e “inseminação artificial”, não tendo contemplando, por imprecisão, às diversas outras formas de reprodução assistida. Ainda previu a necessária expressão do consentimento de forma expressa, como forma de demonstração de que o casal concordou com o emprego das referidas técnicas.

O fato é que a ausência de legislação específica acerca da matéria, representa forte ameaça para aqueles que desejam realizar seus projetos parentais, pela via médica.

⁷⁰Idem.

⁷¹Idem.

⁷²Projeto de Lei nº 2.285/07 – Artigo 73 – “Art. 73. Presumem-se filhos: I – os nascidos durante a convivência dos genitores à época da concepção; II – os havidos por fecundação artificial homóloga, desde que a implantação do embrião tenha ocorrido antes do falecimento do genitor; III – os havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que realizada com prévio consentimento livre e informado do marido ou do convivente, manifestado por escrito, e desde que a implantação tenha ocorrido antes do seu falecimento.

As novas formas de filiação albergadas, em contexto nacional, no Código Civil de 2002, visam à proteção, enquanto filhos legítimos, daqueles que foram fecundados, por exemplo, a partir de sêmen de doador, consagrando-se a paternidade afetiva lado a lado com a biológica.

Toda esta nova ordem social, em constante evolução norteadas pelos avanços da biotecnologia, fizeram e, diariamente, fazem com que o conceito de pessoa tivesse que ser revisto; muito embora ainda haja grande relutância por parte da doutrina, dos juristas, enfim, de toda a comunidade pensante. De fato, pensar, analisar e procurar compreender a nova situação, talvez sejam as atitudes mais sensatas. Mas só pensar, de nada adianta. Há que se fazer. E para se fazer, é preciso entender. Portanto, sem qualquer pretensão de esgotamento, é que se buscará fazer, em seguida.

3.1.2.A necessária proteção à pessoa

Partindo-se da consideração de que o direito à vida, é o principal direito do ser humano, cabe ao Estado preservá-lo desde a sua concepção, e nenhum interesse estatal pode superá-lo; justamente por tratar-se do direito mais fundamental e natural do ser humano.

Ao considerar-se a personalidade jurídica ao nascituro, reconhece-se a titularidade, desde a concepção, dos direitos à vida, à integridade física e à saúde, inclusive por parte dos pais, e especialmente da mãe, ao manter uma gravidez que possa assegurar ao nascituro, estes direitos.

Neste aspecto, a reprodução humana assistida não pode ser vista como simples procedimento comercial, principalmente em relação aos embriões excedentários, por serem, sob o ponto de vista da teoria concepcionista (verdadeiramente concepcionista), seres humanos em desenvolvimento, ainda que *in vitro*.

Pelos procedimentos de reprodução humana assistida, por razões técnicas, a fertilização *in vitro*, acaba por gerar, como se comentou, em tópico específico deste estudo, mais embriões do que os necessários, ao nascimento da criança. Portanto,

para os adeptos desta teoria, os embriões não podem ser tratados como coisas, já que representam uma pessoa humana em potencial.

Sobre esta questão, que envolve, por certo, questões axiológicas, o Conselho Federal de Medicina, numa postura de tentativa ética, proíbe que os embriões excedentários sejam descartados, devendo ser crioarmazenados indefinidamente.

Decorre que, muitas vezes, especialmente no caso da reprodução humana assistida, as clínicas que realizam tais procedimentos consideram apenas dois aspectos, ambos egoísticos: o primeiro, relativo ao interesse de satisfazer a vontade de duas pessoas (o pai e a mãe); além da questão da “comercialização” de seres já dotados de vida. Tais práticas, constituem-se reflexos do individualismo que tem norteado as condutas sociais, e que muitas vezes estão em total oposição aos direitos fundamentais, que, ressalte-se, são indisponíveis e pessoais, especialmente, o direito à vida.

Sobre a questão, explica Fachin, salientando para a tendência contemporânea, de busca pela satisfação dos interesses egoísticos; sendo que, em muitos dos casos, outros interesses são sacrificados, quando não as pessoas envolvidas que acabam por sofrer as consequências das más escolhas individuais⁷³.

Inclusive o direito de disposição do próprio corpo, não pode ser exercício de modo a trazer prejuízos para a pessoa, tampouco para outros possivelmente envolvidos. Logo, este direito de submeter-se aos procedimentos de reprodução assistida, a qualquer “preço”, pouco importando os efeitos que dali advirão; mas sim, e tão somente a vontade de terem filhos através destes procedimentos, é demasiadamente egoísta, individualista. Há que se partir da busca pela melhor solução para todas as partes envolvidas.

“Vende-se” a idéia de ter filhos, como um produto pronto para consumir, muitas das vezes, sem tampouco analisar quais são as outras soluções disponíveis, e, mais ainda, se aquela paciente tem condições de suportar, física e emocionalmente, os procedimentos de reprodução assistida⁷⁴.

⁷³Neste sentido: “A expansão do individualismo de consumo e o desaparecimento do sujeito são situações apenas aparentemente contraditórias. A ordem artificial se baseia na necessidade de evitarem-se os conflitos decorrentes da confrontação entre os desejos ilimitados dos homens. Assim, o desejo ilimitado de poder lança os homens a uma guerra sem trégua”. FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, p.55.

⁷⁴Em notícia veiculada no site da BBC Brasil, no Jornal O Estado de São Paulo, foi possível verificar que esta questão da procura incessante e desmedida pela prole advinda de procedimentos de

A essencial evolução da biotecnologia tem inúmeros méritos, dentre os quais o de possibilitar a realização deste direito de ter filhos, anteriormente possível apenas, pela via natural, que durante muito tempo, ficava condicionava apenas à explicação divina. O grande óbice que pode aparecer, nesta seara, é justamente a questão da banalização, da coisificação, fazendo com que alguns recorrem à esta evolução, apenas para satisfação de desejos egoísticos, no que faz remeter à simples relação de consumo.

Esta relação simplificada, pode ser sentida, já na prática cotidiana, o que demonstra que não se está aqui a tratar de meras hipóteses. Veja-se, por exemplo, o caso reportado em jornal de grande circulação nacional e provavelmente, em outros pelo mundo; de que a prática turística contemporânea é outra, bem diferente daquela prática tradicional, em que as pessoas viajam a negócios, a lazer, ou mesmo, para visitar a família. Trata-se do “Turismo Reprodutivo”.

Explica-se. Apesar de poder ser vista, no mínimo, como prática mesquinha, em face dos valores imateriais envolvidos, alguns países estão oferecendo preços baixos em passagens aéreas e condições de pagamento bastante melhores que as usuais, para aqueles casais que desejam recorrer às práticas de reprodução humana assistida, fora do seu país de origem.

Decorre que, em alguns países europeus, principalmente, como por exemplo, na Itália, o congelamento dos embriões excedentários, aqueles advindos da fertilização *in vitro*, por exemplo, não podem ser crioarmazenados. Na Grã-Bretanha e Escandinávia, o número de embriões que podem ser implantados, por vez, é de um ou dois, justamente para se garantir, com maior probabilidade de acerto, que a mulher não vai desenvolver gestação múltipla, e dessa forma, evitar-se os indesejáveis riscos que uma gravidez gemelar⁷⁵,

reprodução assistida. O casal britânico já tentava a obtenção da gravidez há quatorze anos, quando então decidiram divulgar a idéia de que necessitariam de uma doadora de óvulos, para que pudessem, enfim, concretizar este sonho. O teor dos anúncios, que custaram quatro mil dólares, era o seguinte: "Nós nunca seremos Mamãe e Papai a menos que uma mulher maravilhosa de 36 anos ou menos possa nos ajudar doando alguns de seus óvulos", disse o anúncio. "Você é a nossa única chance de felicidade." Percebe-se que neste busca pela filiação sonhada, o dinheiro é mero meio para a consecução do objetivo final: a gravidez, o parto, e o filho. Decorre que, nem sempre, e por diversas razões, esta busca galgada em critérios estritamente materiais, é salutar para a família, tampouco, saudável, para a vida dos envolvidos. A notícia, na íntegra, pode ser verificada no site http://www.estadao.com.br/geral/not_ger198091,0.htm. Acesso em 27/02/2009.

⁷⁵Conforme os dados apresentados na matéria “Turismo Reprodutivo preocupa cientistas na Grã-Bretanha”, disponível no site http://www.estadao.com.br/vidae/not_vid211534,0.htm, acesso em 27/02/2009.

Os países do Leste Europeu, por terem preços mais convidativos, têm atraído aqueles “turistas” que não buscam necessariamente mais chances de desenvolver uma gestação, necessariamente, como primeiro plano; mas sim, almejam encontrar na “promoção”, uma boa chance de poder realizar o desejo que a natureza até então, não providenciara.

Convém salientar que as práticas de procriação assistida possuem um caráter terapêutico, na medida em que desenvolvem-se, a finalidade de conseguir produzir gestações. Quem se submete a qualquer um destes procedimentos, não vai em busca de cura, para os casos de infertilidade ou de esterilidade. Aliás, saliente-se, por oportuno, que estes não são termos sinônimos, muito embora sejam assim utilizados. Neste sentido, Raquel de Lima Leite Soares Alvarega⁷⁶ adverte: “A infertilidade é a incapacidade, de um ou dos dois cônjuges, de gerar gravidez por um período conjugal de, no mínimo, dois anos, sem o uso de contraceptivos e com vida sexual normal, quer por causas funcionais ou orgânicas. A esterilidade acontece quando os recursos terapêuticos disponíveis não proporcionam cura”.

O fato é que, o casal que busca satisfazer o desejo de ter filhos, por esta via, não está em busca da cura para o problema que deu origem a própria busca; mas sim, a busca por um resultado de sucesso que não poderia ser alcançado pela via natural.

Esta é a regra. Destarte, existem outros fatores que motivam esta busca, como visto; e ainda, por exemplo, os fatores eugênicos, de caráter racial e os relacionados à saúde. Prática não rara é a do casal que busca um centro de reprodução assistida porque deseja uma criança com características fenotípicas pré-determinadas e bem escolhidas, com base em critérios discriminatórios. Ou ainda, a questão da escolha do sexo, que tanto celeuma tem gerado.

Neste sentido⁷⁷, salienta-se, ainda, para as temerosas “motivações eugénicas e de pura experimentação”, as quais podem estar, e tem estado presentes em alguns dos casos, remetendo ao “problema da origem da vida e o respeito intrínseco

⁷⁶ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões, *In*: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Julianne Fernandes (Coord.). *Biotechnologia e suas implicações ético-jurídicas* p.229. Neste particular, acrescenta a autora que, “Dez a vinte por cento dos casais do mundo inteiro são acometidos por infertilidade conjugal. A esse número podem-se acrescentar mais de 10% de casais que têm que se contentar com um número menor de filhos do que o desejado”.

⁷⁷DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p.133.

que à própria vida humana é devido, mesmo antes de adquirida a personalidade jurídica”.

O direito à procriação⁷⁸, do casal envolvido, como expressão dos direitos de personalidade, pode conflitar com outros direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, como o da dignidade da pessoa humana; este, em particular, corolário de toda a positivação do direito, e que produz efeitos não apenas para o casal envolvido, mas também para as crianças geradas a partir das práticas de reprodução assistida.

Os conflitos de direitos fundamentais são muito recorrentes, em todos os ordenamentos jurídicos; mas especialmente no caso das práticas de procriação medicamente assistida, parece que ficam bastante evidentes. Para a resolução de tais conflitos, a prudência parece ser o melhor caminho. Prudência esta, que deve estar norteadada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, indissociável do direito à vida, como direito basilar, de qualquer indivíduo.

É assim a lição do Professor Elimar Szaniawski⁷⁹, quando sugere o equilíbrio como melhor critério para estes casos: “Preconizamos a aplicação do princípio da proporcionalidade, diante do conflito de dois interesses legitimamente tuteláveis, com o qual surge a possibilidade de se estabelecer um eficiente sistema de limites às normas cuja atuação ponham em perigo os direitos de personalidade de qualquer indivíduo”.

Há que salientar-se, neste aspecto que os Direitos de Personalidade de todos devem estar protegidos, e aqui, entenda-se, desde a fase embrionária. Por vezes, como se disse, os envolvidos nos procedimentos de procriação assistida, costumam a visualizar que, além de tratar-se de vida humana; estas técnicas são capazes de produzir embriões humanos, dignos de tutela portanto. E mais ainda, que depois, quando desenvolvidos através da inserção *in utero*, e do posterior nascimento com vida, serão crianças, adolescentes e adultos, dotados, plenamente, e em qualquer destas etapas, de todos os seus Direitos de Personalidade.

⁷⁸ Janice Borges e Walsir Rodrigues Junior, salientam para a existência do direito de procriar ou não, decorrente do livre planejamento familiar, como direito constitucionalmente garantido, assim, “o exercício do direito de procriar (direito de reprodução) justificaria, portanto, a utilização das técnicas de reprodução assistida para viabilizar uma gestação”. RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson; BORGES, Janice. Alteração da vontade na utilização das técnicas de reprodução humana assistida, In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.), *Manual de direito de família e das sucessões*, p.227.

⁷⁹ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, p.561.

Princípios como o do melhor interesse da criança, da paternidade responsável, para o desempenho do poder familiar, constitucionalmente garantidos⁸⁰; além do princípio da proteção integral da criança e do adolescente, positivado, na Lei nº8.069/1990, devem ser priorizados, em detrimento de interesses puramente egoísticos daqueles que pretendem ser pais.

Esta preocupação, deve-se em razão de algumas oportunidades que a Medicina tem ocasionado, pelo advento de grande difusão das técnicas de procriação assistida, aplicadas, como se viu, para os mais diversos casos. É comum encontrar notícias acerca do emprego de tais práticas em casais homoafetivos. E sem querer, de forma alguma, restringir o acesso em igualdade de condições, destas casais, às novas técnicas, tampouco trazer à tona a discussão de um assunto que tantas polêmicas tem causado; é importante observar se, *in casu*, se naquela família, as condições emocionais dos envolvidos serão boas para as crianças dali advindas. Entretanto, esta argumentação, ressalte-se, vale também para os casais heterossexuais⁸¹.

Outro fator importante é o relativo à saúde da criança que é gerada, por exemplo, no corpo do “pai”, que nasceu mulher, e através de diversos tratamentos hormonais, retirada de mamas, masculinização, tornou-se homem, perante o Direito, embora ainda tenha permanecido com os órgãos femininos (vagina, ovários, trompas, útero), e por isso, pode desenvolver gravidez. Até que ponto este “bombardeio” hormonal anterior à gestação, não pode, de alguma forma, afetar a saúde da criança? É questão ainda sem resposta⁸²..

⁸⁰ A Constituição Federal, estabelece os referidos princípios, no artigo 226, §7 e no caput do 227, como cláusula geral de proteção aos interesses de crianças e adolescentes; com ratificado, no artigo 1º, da Lei nº 8.069/1990.

⁸¹ Em notícia, o caso do casal de brasileiras Munira Khalil El Ourra e Adriana Tito Maciel. Decorre que Munira cedeu os óvulos para Adriana, que não poderia produzi-los, pois só tem metade do ovário esquerdo; mas poderia passar pela gestação. O esperma foi conseguido em uma renomada clínica de reprodução assistida. Portanto, trata-se de uma gravidez gemelar, no útero de Adriana, com os óvulos de Munira e o esperma de um doador anônimo. Para verificar a notícia, consultar: <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI64032-15228,00-ESTOU+GRAVIDA+DA+MINHA+NAMORADA.html> – Acesso em 23/03/2009.

⁸² Recorrentes são as notícias neste sentido, como por exemplo, a do americano Thomas Beati, nascido mulher, mas com identidade civil masculina, através de um procedimento de redesignação de sexo, por meio de ingestão hormonal, que engravidou, a partir de inseminação artificial, em 2008, e já está “grávido” novamente em 2009. Para a notícia na íntegra, consultar: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u418988.shtml> , acesso em 23/03/2009. E ainda, o caso semelhante, da espanhola Estefânia Corondonado, que também mudou seu estado sexual para o masculino e seu nome para Rubén Noé, através dos mesmos procedimentos, e também está

Enfim, retomando a discussão, através de outro aspecto relevante, é importante salientar que, no Brasil, como se disse, as questões atinentes à reprodução humana assistida estão disciplinadas por um documento de caráter ético, a Resolução Normativa nº 1358, de 1992, do Conselho Federal de Medicina. A proibição da escolha do sexo, por parte do casal está expressa; justificando-se tal opção, apenas quando houver casos em que a pré-definição do sexo da criança tenha se dado em função de alguma doença ligada ao sexo, como por exemplo, o caso de uma pré-disposição familiar ao desenvolvimento de câncer no colo do útero.

Nesta situação hipotética, a escolha do sexo masculino dever-se-ia em função de um diagnóstico prévio, que fosse capaz de detectar tal disposição e evitar, assim, que pudesse nascer uma criança já com uma probabilidade maior de desenvolvimento da doença.

A eugenia genética negativa é aquela através da qual somente os embriões dotados de potencialidades maiores e mais facilmente aceitas, em um determinado meio social, fossem os escolhidos para ter direito de nascer. Aliás, a própria escolha dos embriões “mais viáveis”, nos procedimentos de procriação assistida, já são, por si sós, um grande aporte para discussões éticas.

E o que significa ser um embrião mais viável? Teoricamente, ser mais viável é ter maiores condições de resistência a todo procedimento, e portanto, mais chances de provocar gestações bem sucedidas; mas esta explicação lógica pode ser descartada, em alguns casos, em face de interesses egoísticos, intimamente ligados à prática da discriminação genética.

Tal argumentação, bastante racional, não leva em consideração que o embrião, além destes eventuais direitos patrimoniais, possui direitos na esfera pessoal. Mormente diante da grande repercussão que as diversas técnicas de reprodução humana assistida assumiram, e conseqüentemente, do grande número

“grávido”, mas de gêmeos. Consultar em: <http://noticias.terra.com.br/ciencia/interna/0,,OI3653249-EI238,00.html>, acesso em 23/03/2009.

Verifica-se esta tendência contemporânea, por exemplo, no caso da Growing Generations, na Califórnia, Estados Unidos, que é uma clínica especializada em fertilização *in vitro* para parceiros gays.

Em: http://oglobo.globo.com/vivermelhor/mat/2008/07/16/trinta_anos_apos_primeiro_bebe_de_proveta_casal_de_gays_tem_filhos_gemeos_por_parte_de_mae-547281633.asp

E também, em notícia correlata: <http://sistemas.aids.gov.br/imprensa/Noticias.asp?NOTCod=52675>. Acesso em 07/01/2009.

de embriões excedentários gerados, é importante a análise desses direitos extra-patrimoniais, sob pena de descartarem-se embriões, como meros objetos.

Sem adentrar, mais aprofundadamente, nos aspectos éticos de grande importância, nesta particular questão, percebe-se que o embrião não deve ser coisificado, como um mero objeto de propriedade da mãe. Deve ser protegida a pessoa, desde o seu primeiro momento de vida.

Tendo em vista estas considerações, é importante adentrar-se ao estudo das técnicas de reprodução humana assistida, propriamente ditas, iniciando, pela retomada às suas origens.

3.2.Da reprodução humana assistida

3.2.1.As origens

No que tange às origens da prática de reprodução assistida, desde os povos babilônicos e árabes já se desenvolviam técnicas, embora bastante precárias e eminentemente empíricas, de inseminação artificial. A partir, por exemplo, da polinização de palmeiras, no afã de produzirem-se frutos melhores. Em 1322, o árabe Daifur inseminou uma égua com espermatozoides de um cavalo de uma tribo vizinha inimiga, com sêmen de cavalos doentes. No século XV, com a Rainha D. Joana de Portugal também teria sido tentada a inseminação artificial, embora a experiência não tenha sido bem sucedida, conforme relata João Álvaro Dias⁸³.

No final do século XVII, Malpighi e Bibrena obtiveram êxito na fecundação de bichos da seda, tendo servido, tal intento, de exemplo para Elkein e Jacobi, que teriam também tentando a via artificial, em trutas e pássaros.

Conforme a pesquisa apresentada por Álvaro Dias, foi no final do século XVIII que teriam ocorrido as primeiras experiências de reprodução assistida em seres humanos⁸⁴. Com a evolução de suas tentativas, a sociedade relutava a aceitá-las,

⁸³DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p.18.

⁸⁴*Idem, Ibidem*, p.19-20. Relata o autor que “em 1883, a Sociedade de Medicina Legal de Paris declarava-se favorável à inseminação artificial, mas um ano volvido, a 27 de Agosto de 1884, o Tribunal de primeira instância de Bordeus considerava improcedente a ação de honorários por uma actuação médica de inseminação com sêmen de dador, com o argumento de que tais práticas constituam um perigo social”.

tendo a Igreja Católica pronunciando-se acerca da ilicitude de tais práticas, a partir de 1949, com o discurso de Pio XII aos médicos.

Mas foi na segunda metade do século XX que a reprodução humana assistida passou a ser mais estudada, e por via de consequência, mais experimentada; tendo surgido, em 1940, nos EUA, os primeiros bancos de sêmen. Em 1953, conforme relata João Álvaro Dias⁸⁵, Sherman teria conseguido utilizar sêmen congelado para provocar uma gravidez pela via da procriação assistida, no que seria depois entendido como inseminação artificial. Desde aquela época já era objeto de discussões legislativas em diversos países, como por exemplo, na Inglaterra, na Câmara dos Comuns, em 1945; tal a dimensão e a diversidade dos reflexos da idéia de reprodução assistida.

Antes do nascimento do primeiro bebê oriundo de procriação assistida, o que ocorreu em 25 de Julho de 1978 pelo nascimento de Louise Brown, muito já fora analisado e discutido no campo da biogenética. A fertilização *in vitro*, consagrada a partir daí, deixou inquestionável a possibilidade de transplantar um embrião humano cultivado em laboratório, para o corpo da mãe, onde, a partir do contato dos gametas masculinos, com os gametas femininos, seria, e de fato é, possível gerar um indivíduo. No mesmo ano, em 1978, em Calcutá, procedeu-se à inseminação artificial de um embrião previamente congelado, fato que também significou um marco evolutivo importante, para o desenvolvimento das técnicas de procriação assistida.

Até 1986 não havia nenhum estado americano que tivesse legislação acerca da reprodução humana assistida. Em 1979, através do *Ethics Advisory Board of the Federal Department of Health, Education and Welfare*, conforme aponta João Álvaro Dias⁸⁶, buscava-se estabelecer alguns critérios para investigações nesta área da procriação humana assistida, exigindo-se, por exemplo, que os embriões não poderiam ser conservados para além da implantação, o que ocorreria em no máximo, quatorze dias, admitindo-se, apenas, a prática homóloga, ou seja, com gametas do marido e da mulher.

Apesar desta ausência legislativa, em 1976, havia julgados envolvendo situações oriundas da prática de reprodução assistida, como o caso da decisão que

⁸⁵DIAS, João Álvaro. *Idem*, p.94.

⁸⁶*Idem, Ibidem*, p.95.

concedeu uma indenização pelo dano moral sofrido por uma mulher que, submetida à inseminação *in vitro*, teve seus embriões descartados, por terem sido mal conservados⁸⁷.

Desde o nascimento da primeira criança resultante de procriação assistida, portanto, as técnicas que visam ao sucesso nas gestações provocadas pela procriação assistida, têm sido desenvolvidas em grande velocidade. Em 1985, uma equipe americana conseguiu obter a gravidez de uma mulher que tinha sido submetida à fecundação pela transferência de gametas femininos e masculinos, diretamente para a trompa de falópio; hoje conhecida pela sigla GIFT (*gamete intrafallopian transfer*⁸⁸), como se verá, em seguida.

As técnicas de reprodução humana assistida compreendem particularidades, conforme o maior ou menor grau de complexidade que comportam, e também, conforme o diagnóstico prévio, no afã de que seja aplicada a técnica que traga menos riscos para os envolvidos. Há casos, inclusive, que a partir do diagnóstico, o médico já aconselha outra alternativa, diferente do recurso à procriação assistida, como por exemplo, à adoção, ou a algum tratamento de saúde que será suficiente para resolver o problema da infertilidade apresentada.

Devido aos inúmeros questionamentos, de ordem ética, jurídica, religiosa, que suscita, e à invasividade que representa ao corpo humano, o melhor caminho a seguir, se há outra alternativa, é da desistência pela opção de reprodução assistida, para alguns dos casos.

Esta postura de consciência, nem sempre é a adotada pelos envolvidos, partes e médicos. Alguns médicos, mesmo sabendo do diagnóstico, e podendo viabilizar outra forma para que o casal possa desenvolver seu projeto parental, não

⁸⁷O caso Del Zio v. Presbyterian Hospital envolvia uma senhora que “sofria de obstrução nas trompas de falópio, tendo-se sujeitado três operações infrutíferas. O médico sugeriu-lhe então a utilização da FIV, processo que até à data não tinha obtido resultados satisfatórios em nenhuma parte do mundo. Após uma correcta e prolongada determinação do ciclo ovulatório da senhora Zio, esta foi submetida a nova intervenção cirúrgica com a finalidade de fazer uma colheita de óvulos em estado de maturação, óvulos que foram depois combinados com o esperma do marido num meio de cultura e colocados posteriormente num incubador. No segundo dia de incubação, o director do hospital informou o médico que tal procedimento era eticamente inadmissível e que em consequência retirara o material genético da incubadora e o destruíra. A senhora Zio, que se encontrava ainda em estado de convalescença da operação, ao ser informada do sucedido, sofreu um forte choque emocional”. DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p.96.

⁸⁸A expressão em inglês significa, em português, transferência de gametas dentro da trompa de falópio. Traduzido pela autora.

recomenda para não perder os potenciais clientes, enquadrando a prática de procriação assistida, como ato meramente comercial⁸⁹.

Neste sentido, Fátima Oliveira, aponta para uma polêmica questão que remete ao caráter das motivações que levam os casais a recorrerem à reprodução assistida, quando a razão não é meramente em decorrência do fato da infertilidade ou da esterilidade. Assim, as novas técnicas reprodutivas poderiam estar a “serviço da materialização de desejos sexistas, racistas ou eugênicos⁹⁰”, pois alguns casais poderiam buscar, nestes procedimentos, o desejo de terem filhos “perfeitos”, aqueles idealizados.

O fato é que, o desenvolvimento da área biomédica trouxe inúmeras vantagens para a noção de evolução do ser humano, para a garantia do direito à saúde mais eficaz, enfim. Por outro lado, vários problemas, das mais diversas ordens, passaram a surgir, e alguns, sem respaldo legal.

Sob esta orientação, é então, a partir de uma análise minuciosa do diagnóstico, que o médico deverá, escolher a melhor técnica a ser empregada, para determinado casal, na reprodução humana assistida.

E por estarem abrangidos, diretamente, os direitos de personalidade de todos os envolvidos nos procedimentos de reprodução humana assistida, neste novo contexto social, verificado a partir destes avanços da biotecnologia, é que passar-se-á à breve análise destes direitos.

3.2.2.Os direitos de personalidade envolvidos

Neste contexto de tão vultuosas mudanças na ordem dos fatos, o que tem ampliado bastante o universo de compreensão dos Direitos de Personalidade, é imprescindível que se dê atenção especial a estes direitos, pois o estudo destes, é particularmente conexo à análise dos procedimentos de reprodução humana

⁸⁹ Neste sentido, adverte o autor, que, “estes recursos, entretanto, nem sempre são coroados de êxito e sua aplicação é, muitas vezes, constrangedora”, já que, pode ocorrer que o filho tão desejado não seja obtido, podendo, então, “(...) corresponder a uma série obstáculos, por vezes, mais peníveis que a própria infertilidade. LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito*, p, 28.

⁹⁰ OLIVEIRA, Fátima. *As novas tecnologias reprodutivas conceptivas a serviço da materilização de desejos sexistas, racistas e eugênicos?* p.99.

assistida, uma vez que remetem diretamente, à integridade física e moral dos envolvidos.

A primeira indagação que pode fazer é a relativa a este pretense direito de disposição do próprio corpo. Explica-se: por ser inalienável este direito, que inclusive remete, diretamente à salvaguarda dos direitos de auto-determinação, de intimidade, e de forma geral, de liberdade; algumas pessoas têm se submetido à procriação assistida, a qualquer “preço”, ou seja, levam em consideração tão somente a vontade de terem filhos através destes procedimentos, sem, todavia, pensarem se esta é melhor solução para todas as partes envolvidas.

Decorre que, este direito à procriação, como desdobramento da personalidade, alegado por alguns, pode conflitar com outros direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, como o da dignidade da pessoa humana; este, em particular, corolário de toda a positivação do Direito, e que produz efeitos não apenas para o casal envolvido, mas também para as crianças geradas a partir das práticas de reprodução assistida. E justifica-se a necessidade de proteção a estes direitos, tendo em vista a essencialidade da proteção integral do ser humano.

É neste sentido a lição de João Álvaro Dias: “É necessário reconhecer um direito geral de personalidade, única forma capaz de tutelar a pessoa em todas as suas manifestações previsíveis e imprevisíveis. Não pode haver direitos estanques a defender aspectos isolados, mas um direito sobre o conjunto da pessoa, direito à pessoa-ser e à pessoa-devir (entidade não só estática como dinâmica), em que a pessoa é o bem protegido⁹¹”.

Entretanto, muito embora saliente, João Álvaro Dias, para a necessidade da proteção da personalidade através de um Direito Geral, aponta também, para a relevância dos Direitos Especiais de Personalidade, os quais são insuficientes, se vistos isoladamente; mas essenciais se lido à luz de uma cláusula geral.

Assim, voltando aos reflexos da proteção aos Direitos de Personalidade, nas práticas de procriação assistida, parece que este “direito de procriação” proveniente da liberalidade da escolha dos procedimentos de reprodução humana pela via artificial (que não é a natural), se não estiver sendo manifestado ilicitamente, remete à liberdade de disposição do próprio corpo, desde que protegidas as integridades física e moral, dos envolvidos.

⁹¹DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p.135.

As novas técnicas de reprodução humana assistida reportam às mais diversas e complexas discussões; entretanto, o ponto de partida está nos direitos personalidade, na medida em que estes refletem aqueles direitos mais essenciais e que fazem com se possa compreender a idéia de pessoa, tal como se compreende. Assim, são aqueles “direitos subjectivos que têm uma específica função relativamente à personalidade, isto é, que constituem o “*minimum*” necessário e imprescindível ao seu conteúdo⁹²”.

Os direitos inerentes à personalidade estão presentes deste que exista a personalidade humana, por isso dotados de indissolubilidade e indisponibilidade intrínsecas. São portanto, ilimitados os direitos que remetem à personalidade, uma vez que os desdobramentos destes ficam vinculados à vasta gama de direitos que estão relacionados à pessoa de cada um.

Nesta toada, o primeiro grande impasse é o de determinar até que ponto o indivíduo pode dispor do seu próprio corpo, utilizando-se, por exemplo, da via de reprodução heteróloga⁹³, em que o sêmen não é o do marido ou companheiro, ou os óvulos não são os da esposa ou companheira, sem, entretanto, comprometer os direitos do outro. E ainda, como um segundo ponto a ser ressaltado, o fato de através deste ato de disposição, estarem sendo feridas as integridades referidas, não por terceiros, apenas; mas, eventualmente, pela própria paciente, que submete-se a uma das técnicas referidas, sem avaliar os riscos, por exemplo, tal é o desejo de conseguir um resultado exitoso.

O direito à integridade física é bastante amplo, conforme salienta João Álvaro Dias, a partir da interpretação de Orlando de Carvalho: “o direito que todos os indivíduos têm a não sofrer deformações quer na fase embrionária, quer após atingirem a integridade físico-psíquica⁹⁴”.

Este direito à integridade, como direito fundamental, tem tomado vulto, na medida em que avançam as técnicas biomédicas, cada vez mais novas e cheias de benefícios para a prevenção e tratamento de doenças antes tidas como incuráveis;

⁹²DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p.122.

⁹³Sobre a reprodução humana assistida, será dedicado um capítulo próprio, especialmente para diferenciar os seus tipos. A heteróloga, é um dos tipos. Como se disse, para esta hipótese, o embrião que será produzido após a fecundação, não é fruto do material genético do casal, ou de um de seus membros.

⁹⁴CARVALHO, Orlando. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. apud DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p.143.

mas também, e na mesma proporção, talvez; carregadas de riscos inerentes ao próprio desempenhar médico. Assim é a lição do Professor Elimar Szaniawski⁹⁵: “O avanço tecnológico da medicina e dos laboratórios de análises e exames clínicos tornam o homem um instrumento frágil e alvo das mais variadas experiências, submisso a todos os tipos de provas, fisiológicas, histológicas, hematológicas, genéticas e psicológicas, que, muitas vezes, constituem graves ofensas à integridade psicofísica das pessoas, podendo até trazer-lhes danos psíquicos ou físicos irreparáveis”.

Imagine-se então, nos casos de reprodução humana assistida, em que os envolvidos submetem-se não apenas fisicamente, mas psicologicamente, e de forma integral, à atividade dos médicos, em extrema posição de permissão e de possível sujeição aos mais diversos riscos. É por esta razão, que o estudo do tema torna-se, de fato, cada vez mais relevante, em função das questões que suscita.

Assim, é inquestionável a proteção integral que deve ser dada ao ser humano, desde a fase intra-uterina, como se depreende do texto do artigo 2º, do Código Civil de 2002, respeitando-se os direitos do nascituro; direitos estes que remetem também, à proteção da personalidade daquele que ainda vai nascer. Certo é, também, que se o nascituro sofrer algum dano na sua integridade, nesta fase embrionária, seja pelo pais, ou por terceiros, será cabível a competente ação indenizatória.

Outro debate acirrado, que remete à proteção da personalidade humana é que reporta ao direito à disposição do próprio corpo para a doação de células germinais. Se, para a obtenção deste material genético, o doador, ou doadora, não estiver colocando em risco a sua integridade; e se tal conduta não for ilícita naquele ordenamento jurídico, entende-se ser possível a doação.

No ordenamento jurídico brasileiro, não é permitida a venda deste material, seguindo-se, por analogia, a mesma argumentação utilizada para a doação de órgãos humanos, que deverão ser gratuitas, e não deverão representar grave risco à saúde do doador. Sobre os particulares aspectos oriundos da doação de órgãos, embora de extrema relevância e atualidade, não serão feitas considerações alongadas, tendo em vista não ser este o tema de enfoque deste estudo.

⁹⁵SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, p.491.

A clara contradição aparece quando se tenta condicionar “um prazo de validade” à direitos indisponíveis e inalienáveis, como é o direito à vida. Estes embriões, para poderem ter direito a viver, devem respeitar este prazo máximo de opção pela vida? Como, se eles próprios não podem dela dispor? Caberá então aos pais, decidir acerca de um direito intransferível?

Para não adentrar nas questões polêmicas sem embasamento doutrinário, é essencial que se passe à análise dos tipos de procriação assistida existentes; para que, então, possam ser analisados os efeitos jurídicos dali advindos.

3.2.3.Os tipos

A evolução verificada a partir da abertura de caminhos na área da biotecnologia, trouxe uma realidade tão surpreendente quanto aterradora, como sugere João Álvaro Dias⁹⁶. As novas técnicas de reprodução humana assistida remetem ao sagrado território da reprodução humana, que durante séculos pertencia apenas e exclusivamente, à ordem natural da vida, além dos apelativos de divindade aos quais remetia.

Na medida em que o homem, pela biotécnica, ultrapassou este limite do natural e do sagrado, ao reproduzir o ser humano, em laboratório; questões de ordens diversas surgiram palpitantes. A religião, a ética, o direito, a sociedade, enfim, todos os setores regidos por normas de conduta, passaram a questionar e a analisar os reflexos da procriação assistida.

A busca pelas técnicas de reprodução humana assistida possui motivações diversas, abrangendo desde aqueles que procuram um meio para consecução de uma gravidez não conseguida pelas vias naturais, até os casais que nem têm um projeto parental. Os motivos, podem, portanto, ser verdadeiros e necessários; ou mesmo, fúteis e impensados⁹⁷.

⁹⁶DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p.7.

⁹⁷Em caso recentemente veiculado pela imprensa virtual, relata-se a ocorrência da gravidez de uma mulher de sessenta e quatro (64) anos, na Alemanha. Decorre que, esta mulher viajou a outro país, para conseguir que fossem implantados embriões em seu útero, frutos da fecundação de um óvulo doado por mulher anônima e de espermatozóides conseguidos a partir de amostra colhida de seu

Parte-se da lógica de que “tudo pode tomar o lugar de tudo”⁹⁸, e na biotecnologia, desde o final da década de setenta, a reprodução humana passou a uma nova realidade, pela qual a reunião de gametas pode ser feita em laboratório. A realização do projeto parental pela via artificial está à disposição de quem não pode procriar naturalmente, mas também daqueles que estão aptos a enfrentar os altos encargos financeiros daí decorrentes.

As inicialmente apenas comemoradas técnicas de reprodução humana assistida, passaram a revelar alguns aspectos negativos, dentre os quais as conseqüências jurídicas e não-jurídicas, dos embriões excedentários. Dos “planos de esperança e alegria”, a reprodução humana assistida passou aos “planos de eugenia e a iatrogenia”⁹⁹.

Houve uma mudança no conceito de reprodução humana, como se viu: o que antes, e durante muito tempo era atribuição apenas e tão somente, de Deus, como pregava a Igreja, ou da natureza humana; passou a ser também, fruto da obra humana, da ciência e da biotecnologia.

Desde as mais remotas eras, o conceito de que o homem deveria dar continuidade à sua espécie, como forma de exercício pleno da sua dignidade, esteve muito impregnado nos mais diversos grupos sociais, nas mais variadas épocas. A descoberta da infertilidade, portanto, antes tida como uma espécie de restrição divina, e hoje, como uma conseqüência da dinâmica da vida moderna, sempre gerou e gera, na maior parte dos casais, um certo desequilíbrio emocional. Aqueles que, por diversas razões, desejam ter filhos, e não podem, de forma natural, encontraram, no desenvolvimento das técnicas de reprodução humana assistida, uma forma de superar a esterilidade natural.

marido. O caso gerou muitas polêmicas, como já era de se esperar: “Para o presidente da Associação Alemã de Medicina Reprodutiva, Ulrich Hilland, a gravidez é um “abuso do progresso da medicina”. “Eu não acho que os pais poderão cumprir com seu dever de cuidar da criança até que ela amadureça”, disse o médico. A polêmica também chegou à imprensa. Um artigo publicado pelo jornal *Süddeutsche Zeitung* nesta quarta-feira questionou o fato de pais tão velhos poderem criar os filhos de maneira adequada. O jornal *Die Welt* também defendeu, em um artigo, que “crianças tenham o direito de ter pais que possam criá-los e protegê-los”. Tal prática poderia ser um bom exemplo para demonstrar aqueles casos em que a busca pela gravidez, poderia ter sido feita de outra forma, menos confusa, arriscada, e com certeza, mais voltada ao atendimento do melhor interesse da criança que dali irá advir. Para acesso à notícia na íntegra: http://www.estadao.com.br/geral/not_ger91425,0.htm , acesso em 27/02/2009.

⁹⁸VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia*, p.2.

⁹⁹*Idem, Ibidem*, p.3

O desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida, possibilitou, artificialmente, ao casal, a consecução do projeto parental. Neste sentido, explica Eduardo Leite que “a possibilidade de procriar artificialmente aliada à revolução da contracepção, ou seja, à separação da sexualidade e procriação que permite ao casal ter filhos quando querem e se querem, possibilitou ao homem escolher, livre e voluntariamente, o momento da chegada da criança esperada¹⁰⁰”.

Esta busca pela solução alternativa, tem sido prática cada vez mais recorrente nas sociedades contemporâneas; muito embora existam riscos, inerentes aos procedimentos, como será visto, em momento posterior. Para tanto, partir-se-á de uma breve análise da evolução destas técnicas, para que se possa, efetivamente, compreender, quais são as técnicas aplicáveis, no atual desenvolvimento da biotecnologia.

As técnicas podem ser mais ou menos complexas, tendo como parâmetro, a análise do caso. As de baixa complexidade, constituem-se na prática do coito programado, em que o casal mantém relações sexuais, em dias e horário pré-determinados, tendo em vista a maior possibilidade de amadurecimento do óvulo, e a conseqüente fecundação; e a inseminação intra-uterina (IIU), quando o sêmen é colocado no interior do útero, que será pormenorizada, na seqüência.

Com relação às técnicas, diversos são os critérios que podem ser empregados para classificá-las. No que tange ao material genético e ao útero, a RHA pode ser homóloga, quando as células germinativas forem dos cônjuges ou companheiros envolvidos, e o útero for o da esposa ou companheira; e heteróloga, no caso de uma das células germinativas, ou de ambas, serem de uma terceira pessoa, e ainda, um útero ser substituto também. A fecundação heteróloga, portanto, divide-se em genética (quando há doação de material genético) e gestacional (quando tratar-se de útero de substituição). É indicada para os casos de esterilidade masculina e doenças hereditárias que possam ser transmitidas pelo material genético.

São diversas as causas da RHA¹⁰¹ homóloga dentre as quais: “transtornos de ejaculação (anatômicos, neurológicos ou psicológicos), fatores cervicais (produção insuficiente ou qualidade alterada de muco), fatores masculinos

¹⁰⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito*. p, 21.

¹⁰¹ RHA – Reprodução Humana Assistida.

(oligo/asteno/teratospermia), fatores imunológicos femininos e masculinos (presença de anticorpos antiespermatozóides no soro ou muco cervical feminino, ou no soro ou plasma seminal masculino), e, ainda, fatores inespecíficos ou infertilidade sem causa aparente (endometriose e outras) ¹⁰². A hipótese de transtorno anatômico consiste em impotência *coeundi* e malformação congênita do aparelho genital masculino ou feminino. A oligospermia refere-se a escassez de espermatozóides no sêmen; a astenospermia, a deficiência de mobilidade do espermatozóide, e a teratospermia, quando ocorrem anomalias morfológicas dos espermatozóides.

Com relação ao local, a RHA pode ser *in vivo* (no útero da mulher), na modalidade intracorpórea; ou *in vitro*, na extracorpórea (a união dos gametas dá-se na proveta). Na forma intracorpórea, estão as inseminações artificiais intra-uterinas ¹⁰³, e também, a técnica de retirada dos gametas com posterior inserção nas trompas de Falópio ¹⁰⁴, para a fecundação.

A inseminação do latim *inseminare*, significa dentro e sêmen, semente. Consiste em inserir sêmen do cônjuge ou companheiro, ou ainda, de um terceiro doador, no trato genital feminino.

A inseminação artificial é aconselhada para as mulheres que têm “muco hostil, doença inflamatória pélvica e homens com pouca concentração de espermatozóides no sêmen” ¹⁰⁵. Após serem capacitados em cultura própria, os espermatozóides são introduzidos, através de uma sonda, no aparelho genital feminino. Admite algumas variações, tendo em vista, por exemplo, a origem do material genético masculino; sendo homóloga a inseminação artificial que parte do marido ou companheiro da paciente, ou heteróloga, se o sêmen for de doador.

Ademais, a inseminação artificial, se levado em consideração o local onde são implantados os espermatozóides tratados, pode classificar-se como intra-uterina, quando são introduzidos na cavidade uterina; ou cervical, se introduzidos no canal cervical; e ainda, vaginal, se o for colocado na vagina.

¹⁰²VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia*, p.15

¹⁰³IIU – Inseminação Intra-Uterina

¹⁰⁴GIFT – Transferência Intratubária de Gametas ou Gametes Intra Falopian Transfer

¹⁰⁵PESSINI, Leocir et BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*, p.396.

A IIU (inseminação intra-uterina) é a técnica para inserção de espermatozóide dentro da cavidade uterina, no período pré-ovulatório, e é indicada para os casos de: “fator cervical (quando há falha na penetração do espermatozóide no muco cervical, obtido no ciclo menstrual), aderências mínimas, endometriose sem distorção na anatomia dos órgãos reprodutivos, insuficiência lútea e infertilidade sem causa aparente (idiopática)¹⁰⁶”.

As técnicas de RHA extracorpóreas são técnicas de fecundação *in vitro* com transferência do embrião (FIVET – *Fecundation in vitro with embryo transfer*). Recomenda-se a adoção dessas técnicas quando não há condições para a fertilização em ambiente tubário, por ausência, obstrução ou aderência das trompas, ou ainda outra causa de origem feminina ou masculina. “Poderá ser acompanhada de transferência intra-uterina de embriões (FIVET), ou de transferência intratubária de zigotos (ZIFT), após a fertilização *in vitro* convencional ou por micromanipulação de gametas¹⁰⁷”.

A Fertilização *In Vitro* com a posterior transferência de embriões (FIVETE), é sugerida para aqueles casos de “mulheres com problemas nas trompas, anovulação crônica, endometriose ou com ovários policísticos¹⁰⁸”. Em virtude de dar-se a partir da junção das células germinativas masculina e feminina, de forma extracorpórea, sendo inserido o embrião, tão logo inicie-se a divisão celular; é utilizada, também, para os casos de doação de células germinativas, ou de embrião, e ainda, de “empréstimo” de útero.

Esta talvez seja a técnica que maiores questões complexas suscita, pois parte da necessidade de uma estimulação ovárica, para que sejam produzidos mais óvulos do que normalmente, no ciclo regular, se produz – em regra, um óvulo mensal; e a partir dessa necessidade, alguns problemas de saúde já podem começar a aparecer, dada a hiperestimulação hormonal.

Na sequência, são colhidos os óvulos, por punção orientada por ultra-sonografia endovaginal¹⁰⁹, e em ambiente externo ao corpo humano, *in vitro*, são

¹⁰⁶VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *Idem*, p.21.

¹⁰⁷*Idem, Ibidem*, p.14

¹⁰⁸PESSINI, Leocir et BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*, p.397. EXPLICAR O QUE É: anovulação crônica, endometriose e ovários policísticos.

¹⁰⁹A ultra-sonografia é um exame médico bastante utilizado, em diversas áreas da medicina

colocados os espermatozóides, para a que se dê a fecundação e a formação dos embriões que serão implantados¹¹⁰.

Pela Resolução Normativa nº 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, no Brasil, somente se aceita que sejam implantados até quatro embriões por tentativa; apesar de ser bastante variável esta quantidade, em todo o mundo, como já mencionado em passagens anteriores. A questão alcança vulto em razão de que a quantidade de embriões produzidos, através desta técnica, é maior do que quatro, em geral; e deparam-se, médico, paciente e seu marido ou companheiro, com a problemática de ter que decidir o que fazer com estes embriões excedentários. Em outros países, este número é variável, como por exemplo: na Grécia, de cinco a sete, na França e na Itália, três ou quatro, em Cingapura, quatro.¹¹¹ Países como a Áustria e a Alemanha, por exemplo, não permitem que sejam produzidos embriões em número maior ao que será efetivamente utilizado.

A outra técnica extracorpórea é a ZIFT¹¹², que significa a transferência do zigoto já formado, para o interior da trompa, foi desenvolvida em 1986, por Devroey. É mais indicada para os casos de esterilidade masculina e assemelha-se muito a GIFT, exceto pela etapa da celioscopia. Na ZIFT, os óvulos colhidos são transferidos para um recipiente (tubo de ensaio), onde serão acrescidos os espermatozóides; e após um período de aproximadas dezessete horas, será observado se houve a fusão dos prónucleos dos gametas, com a formação de um zigoto. Uma verificada a existência de zigotos, eles serão transferidos, pela celioscopia, para a trompa de falópio, em menos de um dia, portanto, desde o recolhimento dos óvulos e dos espermatozóides, até a implantação.

especializada, através do qual é possível ver as imagens de determinados órgãos do corpo, através de uma técnica menos invasiva do que, por exemplo, a cirurgia clássica, pela qual o corpo tem que ser necessariamente cortado, para que se tenha acesso ao órgão investigado. No caso da ultrasonografia endovaginal, o médico insere este aparelho no canal vaginal, e pela câmera nele embutida, podem ser observados os ovários, e assim, os óvulos, para a retirada, em seguida.

¹¹⁰ Explica, o autor, que os espermatozóides utilizados para a fecundação, são “processados em ambiente com 5% de CO₂ e temperatura de 37°C”, sendo que, aguarda-se de 24 a 28 horas, para que os embriões formados sejam inseridos no interior do útero. PESSINI, Leocir et BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*, p.397.

¹¹¹ VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia*, p.26.

¹¹² ZIFT – zygote intrafallopian transfer.

Embora tenha sido aclamada, num primeiro momento, não tem sido muito utilizada em função de exigir um acompanhamento muito freqüente, por parte dos médicos, e com resultados não tão vantajosos em relação às outras técnicas.

Muito empregada é também GIFT. Trata-se de um método de RHA indicado para os casos em que não há causa aparente para a infertilidade, e ainda, por “fator masculino, endometriose sem causa aparente e fatores uterino-anatômicos que possam tornar extremamente difícil a transferência transcervical dos embriões (obtidos *in vitro*), em pacientes que tenham, no mínimo, uma trompa normal¹¹³”, e tem a vantagem, no sentido de que facilita o alcance de bons resultados, de a fecundação ocorrer dentro do corpo.

São casos nos quais é recomendado o emprego de GIFT, os seguintes: “1- esterilidade idiopática, na qual não é detectável a verdadeira causa de esterilidade; 2- hostilidade cervical em que os espermatozoides não progridem através do muco cervical; 3- Esterilidade masculina, causada por deficiente produção qualitativa ou quantitativa de espermatozoides; 4- endometriose, situação clínica de crescente freqüência em que a captação do óvulo pela trompa pode ser prejudicada¹¹⁴”.

Para que possa ser empregada esta técnica, é necessário que a mulher tenha, pelo menos, uma trompa que seja permeável; devendo ser feitos diversos exames para verificar o grau de obstrução dos canais onde ocorre o encontro entre os gametas. Ademais, é essencial, também, que ela tenha a sua produção de óvulos estimulada, pelas mesmas razões já apontada na reprodução humana *in vitro*. O grau de dificuldade está em determinar o momento em que o médico determina se os óvulos já amadureceram e se estão atos à fertilização.

O espermatozoide é recolhido e analisado, verificando-se se, naquela amostra, existem espermatozoides móveis o suficiente, e potencialmente capazes de fecundar os óvulos colhidos. É neste sentido, que explica João Álvaro Dias que “a hiperestimulação controlada da ovulação visa obter, sob acção medicamentosa, um número elevado de ovócitos com adequadas características de maturação. Graças ao controlo hormonal e ecográfico é possível detectar nos ovários hiperestimulados a presença de vários folículos que atingiram adequado desenvolvimento. Simula-se, então, farmacologicamente, o mecanismo endócrino promotor da plena maturação

¹¹³VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *Idem*, p.21.

¹¹⁴DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p.114.

ovocitária. Cerca de trinta e seis horas depois é indispensável recolher os ovócitos do interior dos folículos ováricos maduros¹¹⁵”.

Para proceder-se à recolha dos óvulos, a paciente deverá ser submetida à punção dos folículos, os quais são visualizados através de imagem ecográfica, através de uma agulha que penetra no ovário. Esta técnica, denominada de punção folicular ecoguiada, objetiva, pela retirada dos óvulos produzidos, verificar, em exame minucioso, o grau de maturação de cada um deles.

Enquanto se dá a análise destes óvulos, o médico responsável pelo procedimento, através de anestesia geral, em cirurgia denominada de celioscopia¹¹⁶, iniciará, em processo endoscópico, a “observação directa dos órgãos genitais internos através de um sistema de iluminação e de ópticas especiais introduzidas por uma incisão junto do umbigo. Assim se consegue a identificação do orifício externo das trompas de falópio e se procede à preensão de uma das franjas do pavilhão desse órgão com pinça especial não traumática¹¹⁷”.

Portanto, uma vez localizada a trompa serão aspirados, através de uma cânula própria, os óvulos e os espermatozóides, em número pré-definido com o casal, seguindo-se as recomendações legais do país em que se encontre, quanto ao limite recomendável.

Neste particular aspecto, no Brasil, como já se disse, não há norma com força imperativa que discipline a prática de reprodução humana assistida. Limitam-se, os envolvidos, a seguir as determinações de carácter deontológico, do Conselho Federal de Medicina, através de Resolução Normativa nº 1358/92. Apesar da existência desta previsão de carácter ético, não há menção ao limite de óvulos ou de espermatozóides que podem ser inseridos na GIFT; estando fixados em número de quatro, o máximo de embriões que podem ser implantados por tentativa¹¹⁸.

¹¹⁵DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p.115.

¹¹⁶*Idem, Ibidem*, p.115.

¹¹⁷*Id, Ibid*, p.116.

¹¹⁸CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA – Resolução Normativa nº 1.358/92. Esta Resolução, em seu artigo 6º, da I Parte, sobre os princípios gerais, estabelece: “O número ideal de oócitos e pré-embriões a serem transferidos para receptora não deve ser superior a quatro, com o intuito de não aumentar os riscos já existentes de multiparidade”. Esta resolução está disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm, acesso em 07/03/2009.

Após a introdução dos gametas masculino e feminino, é necessário manter a trompa suspensa por alguns segundos para que a garantia de que o material depositado permaneça no interior da trompa de falópio.

A GIFT é considerada como a técnica que mais “imita” a natureza humana, na medida em que apenas facilita o caminho que os espermatozóides teriam que percorrer até a chegada do óvulo localizado em uma das trompas de falópio. Assim é que Eduardo Leite salienta que, a “sua concretização permitiu reduzir as manipulações biológicas “in vitro” recolocando os gametas no seu ambiente natural¹¹⁹”.

Em ponderação favorável, por outro lado, através desta técnica inexistente o problema ético-jurídico dos embriões excedentários, pois os embriões que eventualmente se formarem, já estarão dentro do útero da mãe, e somente irão se desenvolver os que a natureza se encarregar de formar; não há, portanto, tanta interferência artificial.

Outra técnica é a da injeção intracitoplasmática de espermatozóide, do inglês *Intracytoplasmic Sperm Injection* (ICSI), é feita a inserção de um único espermatozóide, no citoplasma do óvulo, “por meio de um aparelho especialmente desenvolvido contendo microagulhas para injeção (micromanipulador) ¹²⁰”, procedendo-se, posteriormente, da mesma forma, que na fertilização *in vitro*.

A transferência de citoplasma é a técnica indicada para as mulheres com mais de quarenta anos, que produzem óvulos mais fracos, onde parte do óvulo de uma doadora jovem, em torno de 10% a 20%, é transferida para o óvulo da paciente, para que os embriões gerados a partir de então, sejam mais fortes e com maior capacidade de adaptação no útero.

A fecundação para os homens que não possuem espermatozóides no sêmen ou nos testículos, mas que possuem “esperátides (células precursoras dos espermatozóides) ¹²¹”, as quais são retiradas dos testículos, para posterior maturação em laboratório, e inserção no óvulo através da ICSI.

¹¹⁹ A GIFT seria, portanto, a técnica capaz de oferecer “ao embrião condições de desenvolvimento, de migração, de nidação mais fisiológicas”. LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito*. p. 48.

¹²⁰ PESSINI, Leocir et BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*, p.397.

¹²¹ *Idem, Ibidem*, p.397-398.

Além destas, duas novas e comemoradas técnicas, tem sido bastante freqüentes nas clínicas de fertilização: a da vitrificação de óvulos e a da maturação de óvulos *in vitro*, difundidas recentemente, embora já tenha sido criada nos idos de 1990.

A técnica da vitrificação de óvulos, a exemplo do que já há muito tempo se fazia e ainda se faz com muita freqüência, ao congelar espermatozóides e bancos de esperma, tem sido feito também, há dois anos, no Brasil, ao crioarmazenar óvulos. As razões são as mais diversas: desde aquelas mulheres que desejam congelar seus óvulos em função de doenças degenerativas, àquelas que decidem pela crioarmazenagem porque, em razão de outras prioridades, especialmente do desenvolvimento de suas carreiras profissionais, não querem correr o risco de, quando decidirem engravidar, não conseguirem em função da idade. A partir de 35 anos, a produção de óvulos decai em quantidade, e possivelmente, em qualidade.

Estima-se que, “de acordo com estudos internacionais, estima-se que haja cerca de 400 bebês nascidos de óvulos congelados no mundo¹²²”, até mesmo porque, através desta técnica, além das razões já apontadas, evita-se a problemática multidisciplinar oriunda do congelamento de embriões. Congelam-se assim, preferencialmente aos 30 anos, no máximo, em função da quantidade da qualidade dos óvulos, para que, num futuro próximo, possam ser implantados; sem correr-se de o risco de ter que decidir, por exemplo, o que fazer com o embrião crioarmazenado.

Consiste, a Maturação *in vitro*, cujas siglas, em inglês, são IVM, em retirar os óvulos da mulher que deseja obter gravidez, e deixá-los amadurecer no laboratório, em um meio de cultura composto de “sais minerais e do hormônio FSH, indispensável para a maturação ovular¹²³”, e que se parece bastante com o ambiente em que naturalmente amadureceria, no corpo feminino.

¹²²A matéria “Fertilidade no congelador”, sobre o congelamento de óvulos, pode ser lida em http://www.estadao.com.br/suplementos/not_sup266471,0.htm . Acesso em 30 de Outubro de 2008.

¹²³É o que reporta a matéria publicada na Revista Veja, da semana de 25/03/2009, sob o título “Sem medo de ser feliz”: “O desconforto e os problemas causados pela estimulação ovariana ocorrem basicamente por dois motivos. O primeiro refere-se a uma questão meramente de espaço. A mulher foi programada para produzir apenas um óvulo por mês. Com a estimulação artificial, o organismo fabrica, em média, quinze óvulos. Para abrigar todos eles, é natural que os ovários aumentem de tamanho. Com isso, os vasos sanguíneos ao redor de tais órgãos acabam espremidos, o que provoca inchaço e dores abdominais. O grande temor, contudo, refere-se ao risco de trombose, infarto e derrame”. Disponível em: http://passaporte.abril.com.br/autenticaUsuario.do?metodo=checarTipoAutenticacao&COD_SITE=11

Decorre, como se viu, que para a maioria das técnicas descritas, a mulher-paciente tem que passar por um temeroso e desgastante processo de hiperestimulação ovariana, correndo inúmeros riscos, dentre os quais os de vir a desenvolver alterações de humor e dores abdominais, nas melhores hipóteses; podendo vir, até mesmo, a sofrer de trombose, infarto, derrame e cânceres.

Ao contrário dos outros métodos que exigem a hiperovulação, este, em particular, parece não ter contra-indicações. As mulheres que são hiperestimuladas, especialmente aquelas que decidem colher seus óvulos, antes de tratamento de radio e quimioterapia, em caso de câncer, acabam por ter a doença potencializada, uma vez que, pela ingestão hormonal excessiva, os cânceres acabam por ficar mais desenvolvidos, podendo inclusive, alastrarem-se para o corpo todo.

Para aplicação desta técnica, segundo esta recente pesquisa¹²⁴, as taxas de sucesso eram baixas, em torno de 10%, no início, entretanto, atualmente, em mulheres de 35 anos, estas taxas e o conseqüente desenvolvimento de gestação é de 25% , e para mulheres de 40 anos, de 10%.

Os índices de sucesso nos procedimentos de reprodução assistida variam a partir de vários fatores, como o histórico de saúde da paciente, questões externas, como stress, hábitos de vida; e também, com a idade. Segundo apontam Pessini e Barchifontaine, acerca das taxas de sucesso a partir das técnicas de procriação assistida, para a obtenção de gestações, são as seguintes: “em mulheres de até 30

&COD_RECURSO=71&URL_RETORNO=http://veja.abril.com.br/250309/p_104.shtml Acesso em 25/03/2009.

Também neste sentido é a Revista Isto é, de 05/09/2008, sob o título “Revolução na Fertilidade Feminina”, disponível em: <http://www.terra.com.br/istoe/edicoes/2027/artigo101211-1.htm> . Acesso em 07/01/2009. Nesta matéria, em ênfase à técnica da vitrificação, os especialistas em reprodução assistida entrevistados, esclareceram que: “O segredo do novo método é a rapidez no momento do congelamento. “No congelamento lento dos óvulos, a temperatura demora entre 120 e 180 minutos para cair até os 196 graus negativos. Na vitrificação, o processo leva um segundo. Com isso, não há mais perda de óvulos”, disse à ISTOÉ Gabriel Dalvit, pesquisador da Universidade de Buenos Aires e integrante do grupo criador da técnica, liderado pelo cientista japonês Masashige Kawayoama. (...) .A preparação dos óvulos também é diferente. No processo tradicional, eles recebem uma dose pequena de substâncias para proteger suas estruturas internas. Na vitrificação, a concentração dessas substâncias é mais alta e invade o interior do óvulo para substituir a água ali contida”.

¹²⁴http://passaporte.abril.com.br/autenticaUsuario.do?metodo=checarTipoAutenticacao&COD_SITE=11&COD_RECURSO=71&URL_RETORNO=http://veja.abril.com.br/250309/p_104.shtml Acesso em 25/03/2009.

anos, a taxa fica em torno de 45%; aos 35 diminui para 35%; de 35 a 40 anos, a chance é de 25% a 30%; e acima de 40 anos, de 18% a 20%¹²⁵”.

De acordo a Rede Latino-americana de Reprodução Assistida (REDE)¹²⁶, instituição científica e educacional, que observa os dados de mais de noventa por cento (90%) dos centros de reprodução assistida, em toda a América Latina; os índices de sucesso provenientes do emprego destes procedimentos, são apurados a partir de 141 centros, anualmente.

Os países participantes da pesquisa de 2006¹²⁷, a última que está divulgada, envolveram os resultados relativos às mulheres que engravidaram em 2006, e que tiveram seus filhos até Setembro de 2007. Os números, são os seguintes: “29.763 procedimentos, incluídos os resultados de perinatais que correspondem a 22.279 ciclos iniciados de FIV/ICSI/GIFT; 3.982 transferências de embriões produto de doação de óvulos (OD) e 3.052 transferências de embriões congelados/descongelados (TED)”. Neste particular, registra, a Rede, um aumento de 8,5% em relação a anos anteriores.

Com relação à idade das mulheres, houve registro de aumento da faixa etária, para uma taxa de 54% delas, com mais de 35 anos. Em contrapartida, verificou-se o número de embriões transferidos, por tentativa, foi de três ou mais, sendo que a transferência destes embriões, não implicou, segundo dados, em melhora na taxa de gestação; mas sim, no aumento da frequência de gestação múltipla, e ainda, gestação múltipla extrema. Verificou-se ainda, que a idade da mulher que recebe óvulos doados, não influenciou a taxa de gestação: “das 8.262 gestações clínicas relatadas, 19,1% terminaram em aborto espontâneo¹²⁸”.

Interessante é observar que, segundo os registros deste Relatório, houve um maior índice de sucesso nas transferências de embriões congelados ou

125PESSINI, Leocir et BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Problemas atuais de bioética, p.398.

126“Desde a fundação do RLA em 1990, foram publicados 16 relatórios: o último, com informação do ano 2006 que inclui dados de 134 centros provenientes da Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, Guatemala, México, Peru, República Dominicana, Uruguai & Venezuela”. As taxas e demais informações do RLA podem ser obtidos em: <http://www.redlara.com/home1.asp> , acesso em 25/03/2009.

127Conforme o Relatório, disponível em: <http://www.redlara.com/home1.asp> , acesso em 25/03/2009.

128Conforme o Relatório, disponível em: <http://www.redlara.com/home1.asp> , acesso em 25/03/2009.

descongelados, do que com embriões frescos, independentemente de terem sido, os óvulos, doados ou terem sido fecundados a partir da própria paciente.

No que tange aos índices¹²⁹ de recém nascido vivo, a taxa de sucesso é de: “25.2% em FIV/ICSI; 34.1% nos ciclos de transferência de embriões frescos OD (doação de óvulos) e 13.3% nos ciclos de TED (transferência de embriões descongelados)”. O estudo ainda revela que, dos bebês nascidos, em um total de 8.462, 56.6% foram advindos de gestações únicas, com 16.3% de prematuros. Deste número total, “33.9% foram duplos e 9.5% triplos ou mais, com uma taxa de prematuridade de 59.2% e 90.2%, respectivamente”.

Com relação ao estudo genético preimplantacional, das 319 ocorrências, 47.9% foram normais e transferiu-se em média 1.7 embriões”. E ainda, registrou-se que, a faixa etária das mulheres que desejam ser mães é a seguinte: “32.0% foram \leq 34 anos, 37.9% de 35 a 39 anos e 30.1% \geq 40 anos”, onde, as taxas de sucesso nas gestações foi de “30.4%, 19.8% e 18.8% nas respectivas categorias etárias¹³⁰”.

Ressalte-se, por oportuno, que independentemente do índice de sucesso para obtenção de gravidez, o médico deve aconselhar ao casal, e mais especialmente à paciente que vai se submeter a uma das técnicas, que nem sempre a mais eficaz técnica, e a recomendada. Algumas pacientes, em função do seu histórico de saúde, não podem, ou não devem utilizar-se de determinadas técnicas, sob pena de virem a desenvolver patologias relacionadas aos procedimentos. Exemplifica-se, através de um quadro de saúde em que a paciente já sofrera de um problema de ovário policístico, e depois, por desejar demais a gravidez, quer se submeter à hiperestimulação ovárica, sob pena de vir a desenvolver mais cistos, inviabilizando assim, definitivamente, a possibilidade de engravidar.

Os riscos decorrentes das gestações múltiplas, são bastante freqüentes nestes procedimentos, uma vez que, como se disse, até quatro embriões podem ser implantados, por tentativa de gravidez. Problemas que atingem não apenas à mãe-paciente, mas também, às crianças que estão em desenvolvimento; podendo vir a nascer com baixo peso, ou até problemas respiratórios decorrentes das gravidezes de mais de um feto¹³¹.

¹²⁹Conforme o Relatório, disponível em: <http://www.redlara.com/home1.asp>, acesso em 25/03/2009.

¹³⁰Conforme o Relatório, disponível em: <http://www.redlara.com/home1.asp>, acesso em 25/03/2009.

¹³¹PESSINI, Leocir et BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*,

Justamente por estas razões é que, ao médico, cabe o dever de informar integralmente, os envolvidos, acerca de todos os possíveis riscos que emanam da utilização de uma das técnicas de procriação assistida. Desde os indesejáveis efeitos decorrentes da hiperestimulação ovárica, a partir de altas doses hormonais, já apontados; ao maçante monitoramento médico que deve ser feito durante todo o procedimento, em suas fases anterior, durante a implantação dos embriões e posteriormente à ela.

Portanto, independentemente do tipo de técnica que será empregada, é essencial que a mulher seja cientificada dos efeitos do procedimento escolhido e dos possíveis riscos.

Passadas estas considerações de caráter técnico, objetiva-se, a partir do próximo tópico, analisar as técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos jurídicos, no Brasil, e em alguns outros países, como proposta de estudo de Direito Comparado, tendo sido escolhidos, para tanto, apenas alguns países. A escolha dos países deu-se em razão da rica contribuição de suas legislações, e, em outros casos, da pouca ou quase ausente contribuição legislativa. O intuito é o de verificar que as dificuldades interpretativas, oriundas da legislação lacunosa, encontradas nesta seara, não são particularidade do Brasil.

3.2.4. A disciplina jurídica

3.2.4.1 No Brasil

No ordenamento pátrio, a disciplina jurídica dos direitos de personalidade, no que tange à sua repercussão, e necessária relação à procriação assistida, é bastante incipiente. Não há regulamentação expressa, em vigência, no que tange a esta proteção; embora, diversos sejam os Projetos de Lei que abordam, com mais ou menos aprofundamento, as questões relacionadas à matéria.

Procurando, desta forma, seguir uma seqüência cronológica, a apresentação dos Projetos de Lei¹³², sobre o tema, serão abordados, brevemente, sem análise pormenorizada dos conteúdos; mas apenas, no intuito de revelar a postura mais ou menos eficaz, de tais produções.

O Projeto de Lei nº 3.638/93 foi aprovado na Câmara em 2002 e enviado ao Senado, tendo sido arquivado em 2007. O PL nº 2.855/97 foi apensado ao nº1.184/03; que atualmente, aguarda pauta, conforme o Relatório da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Aliás, este PL nº 90/99, foi iniciado no Senado Federal, e na Câmara dos Deputados, mudou para o nº 1.184/03, estando destinado ao estabelecimento de regras para a reprodução assistida, e a define do embrião, para este tipo de reprodução. A este Projeto de Lei, foram apensados diversos outros¹³³, com a finalidade de unificar seus conteúdos.

¹³²Para verificar a tramitação dos Projetos de Lei referidos, consulte-se os sites da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, respectivamente, em . www.camara.gov.br e www.senado.gov.br. Acesso em 20/03/2009.

¹³³“O Projeto de Lei n.º. 2.855, de 1997, “dispõe sobre a utilização de técnicas de reprodução humana assistida e dá outras providências”. 2) Os Projetos de Lei nºs 4.664 e 4.665, de 2001, dispõem, respectivamente, sobre a proibição ao descarte de embriões humanos fertilizados “in vitro”, e determina a responsabilidade sobre os mesmos e dá outras providências; e “dispõe sobre a autorização da fertilização humana “in vitro” para os casais comprovadamente incapazes de gerar filhos pelo processo natural de fertilização” somente em clínicas autorizadas pelo Ministério da Saúde e dá outras providências”. 3) O Projeto de Lei n.º. 120, de 2003, “dispõe sobre a investigação de paternidade de pessoas nascidas de técnicas de reprodução assistida”, para a modificação da Lei n.º. 8560, de 29 de dezembro de 1992, que “regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, e dá outras providências”, propondo que os nascidos de técnicas de reprodução assistida tenham o direito de saber a identidade de seus pais biológicos, mas sem que isso lhes dê direitos sucessórios. 4) O Projeto de Lei n.º. 1.135, de 2003, “dispõe sobre a reprodução humana assistida”. 5) O Projeto de Lei n.º. 2.061, de 2003, “disciplina o uso de técnicas de Reprodução Humana Assistida como um dos componentes auxiliares no processo de procriação, em serviços de saúde, estabelece penalidades e dá outras providências”. 6) O Projeto de Lei n.º 4.686, de 2004, que visa à introdução de um artigo 1597-A à Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, assegurando o direito ao conhecimento da origem genética do ser gerado a partir da reprodução assistida, definindo o direito sucessório e o vínculo parental 7) O PL 4.665, de 2001, que fora reconstituído, dispõe sobre a proibição ao descarte de embriões humanos fertilizados “in vitro”, e determina a responsabilidade sobre eles. 8) O PL 6.296, de 2002, também reconstituído, proíbe a fertilização de óvulos humanos com material genético proveniente de células de doador do gênero feminino. 9) O PL 5.624, de 2005, cria programa de reprodução assistida no Sistema Único de Saúde e dá outras providências. 10) Os PLs 4664/01 e 120/03 são proposições destinadas a questões específicas concernentes aos processos de reprodução assistida. 11) O PL 4.686, de 2004, pretende assegurar o direito ao conhecimento da origem genética do ser gerado por técnicas de reprodução assistida (RA), definindo o direito sucessório e o vínculo parental. Para tanto acrescenta um artigo 1.597-A à a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil 12) O PL 4889/05 pretende estabelecer critérios para funcionamento de clínicas de reprodução humana. 13) O PL 3.067, de 2008, quer modificar a Lei 11.105/05, para que as pesquisas com células-tronco possam ser feitas somente por instituições especificamente habilitadas, por autorização especial; que essa autorização seja concedida pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa – CONEP; para que as clínicas de reprodução assistida cumpram certas obrigações, como absterem-se de comercializar embriões (*sob pena de enquadrarem-se no § 3º do art. 5º da Lei 11.105/05*), não remeterem embriões ao exterior, e

Limitar-se-á, neste capítulo, à análise do Projeto 1.184/03, para que se compreenda o conteúdo das propostas, e de que forma estas previsões podem ser eficazes.

Assim, de acordo com as previsões do referido Projeto de Lei, as técnicas de reprodução humana assistida podem ser utilizadas, na ocorrência de infertilidade, ou ainda, para a prevenção de doenças genéticas, exigindo-se, sempre, o consentimento esclarecido do cônjuge ou do companheiro, e que deverá conter determinados requisitos¹³⁴, sob pena de não ter validade. Ademais, proíbe expressamente a prática de maternidade de substituição, e a possibilidade de escolha de sexo do embrião a ser implantado, não ser para os casos em que exista alguma pré-disposição genética para o desenvolvimento de doença ligada ao sexo da criança que vai nascer.

No texto legislativo, ainda se propôs, o estabelecimento de requisitos específicos para o funcionamento dos centros de reprodução assistida; inclusive sujeitos à fiscalização. Permitiu-se a doação de gametas, inclusive com a possibilidade de quebra de sigilo “por razões médicas ou jurídicas”. Com relação à problemática dos embriões excendentes, sugeriu, este Projeto de Lei, que sejam implantados até dois embriões a cada ciclo, sendo que todos os embriões produzidos deverão ser implantados, inviabilizando-se o crioarmazenamento; e os que não fossem produzidos e tidos como inviáveis, poderão ser doados para a experimentação científica. Toda a fundamentação jurídica encontra-se salvaguardada, principalmente, pelo artigo 226, § 7º, da Constituição Federal.

Muitas perguntas ficaram ainda, em que pese toda essa movimentação de propostas de produção legislativa; como por exemplo, o que pode significar a instalação de um controle no plano da Lei no contexto prático dos procedimentos de

o resultado de pesquisas; proíbe a comercialização dos resultados de pesquisa sobre células-tronco e seu registro como patentes, registro sanitário ou outro que cerceie sua aplicação universal. Diz que é da competência das autoridades do sistema nacional de vigilância sanitária a verificação do cumprimento da presente lei, além de estabelecer normas de conduta para aquelas.; Por fim, quer aplicar às condutas previstas o princípio da responsabilidade subjetiva. 14) As proposições nºs 2.855, de 1997; 1.184, 1.135, e 2.061, de 2003, são mais extensas, visam à regulamentação da utilização das técnicas de Reprodução Assistida (RA) em vários de seus aspectos”. Conforme o Relatório da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, disponível em: www.camara.gov.br e www.senado.gov.br. Acesso em 20/03/2009.

¹³⁴Os requisitos previstos, no Relatório da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, são os seguintes: “indicação médica; aspectos técnicos e modalidades de RA, inclusive com custos envolvidos; efetividade dos resultados do serviço; probabilidade de efeitos indesejados; implicações jurídicas, procedimentos autorizados pelo beneficiário, inclusive o número de embriões a serem produzidos; autorização do doador de gametas para a sua utilização”.

reprodução assistida, no Brasil, onde o nível de conhecimento geral é bastante baixo? De que forma poderia ser implementado este controle efetivo?

Há bem pouco tempo, constatou-se, através de produção legislativa recente, casos de leis elaboradas para os interesses das grandes clínicas de procriação assistida, como fatores que poderiam estar na primeira ordem das motivações; em detrimento, inclusive, dos interesses dos particulares envolvidos, e especialmente, das mulheres.

A falta de legislação específica sobre este tema de tantos desdobramentos, pode não ser o único óbice nesta busca por respostas adequadas, já que de nada adianta uma legislação suficientemente específica, se em seu corpo, não se puder verificar a preocupação da maior parte da população. Muitas vezes, a produção legiferante é reflexo das demandas daqueles grupos dominantes que exercem pressão econômica nos núcleos pouco desenvolvidos.

Nem mesmo a Lei da Biossegurança, de 24 de Março de 2005, que disciplinou a possibilidade de desenvolvimento de experimentações, a partir de embriões humanos que não seriam mais utilizados pelo casal, enfrentou a polêmica questão da definição do início da personalidade humana. No Brasil, antes desta lei, para as pesquisas envolvendo seres humanos, em 10 de Outubro de 1996, foi elaborada Resolução nº 196, do Conselho Nacional de Saúde, de caráter ético, e sem fazer menção à possibilidade de utilização de células embrionárias.

Dita Resolução, valoriza, de forma bastante expressa, a manifestação da vontade dos indivíduos, nos procedimentos de investigação científica, estabelecendo, inclusive, que a investigação não incidirá, preferencialmente, para aqueles que não souberem expressar a sua vontade. Exige, ademais, que este consentimento esteja expresso, através do Consentimento Livre e Esclarecido, que deverá conter diversos requisitos, para que possa representar a fiel manifestação da vontade dos envolvidos¹³⁵.

¹³⁵É o que prevê a Resolução nº 196/96, do Conselho Nacional de Saúde: IV - CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO: O respeito devido à dignidade humana exige que toda pesquisa se processe após consentimento livre e esclarecido dos sujeitos, indivíduos ou grupos que por si e/ou por seus representantes legais manifestem a sua anuência à participação na pesquisa.

IV.1 - Exige-se que o esclarecimento dos sujeitos se faça em linguagem acessível e que inclua necessariamente os seguintes aspectos: **a)** a justificativa, os objetivos e os procedimentos que serão utilizados na pesquisa; **b)** os desconfortos e riscos possíveis e os benefícios esperados; **c)** os métodos alternativos existentes; **d)** a forma de acompanhamento e assistência, assim como seus responsáveis; **e)** a garantia de esclarecimentos, antes e durante o curso da pesquisa, sobre a metodologia, informando a possibilidade de inclusão em grupo controle ou placebo; **f)** a liberdade do sujeito se recusar a participar ou

A Lei nº 11.105/05, retro referida, pretendeu, tão somente, garantir, através da estipulação de alguns pré-requisitos necessários para a realização de tais experimentações, que tudo ocorreria sem vícios, partindo-se do consentimento do casal envolvido, e da análise da viabilidade do embrião escolhido. Ressalte-se, por oportuno, que os critérios para a determinação da viabilidade tampouco foram estabelecidos.

Esta Lei da Biossegurança, que será objeto de análise em tópico próprio, tão aclamada pela imprensa brasileira, pode revelar, em análise mais questionadora, a pressão de grandes laboratórios alienígenas, que desejam, a partir da matéria-prima brasileira (embriões humanos), desenvolver projetos de grande vulto para a humanidade, sem dúvida; mas também, e talvez principalmente, de grande valia financeira para os investidores.

Após a arguição de inconstitucionalidade, a Lei nº 11.105, de 24 de Março de 2005, foi integrada ao ordenamento jurídico brasileiro. Esta Lei da Biossegurança, como é conhecida, permite, em seu artigo 5º, que células-tronco, obtidas a partir de embriões humanos, sejam utilizadas em pesquisas e experimentação científicas, respeitados os requisitos de que tais embriões sejam fruto de técnicas de reprodução assistida, que e tenham constituído amostra excedentária, portanto.

Exige-se ainda, em seu texto, que tais embriões sejam inviáveis, sem, entretanto, explicar o que seria a tal inviabilidade; condicionando-se aos embriões que estejam crioarmazenados a mais de três anos; mediante autorização expressa dos genitores.

Além da questão a inviabilidade, não foi apreciada, tampouco explicada, a proteção que deve ser dada ao embrião, no que se refere à sua personalidade. Aliás, sequer menciona se há ou não personalidade, e os direitos dali provenientes, no ser embrionário. Simplesmente, não se posicionou a respeito.

retirar seu consentimento, em qualquer fase da pesquisa, sem penalização alguma e sem prejuízo ao seu cuidado; **g)** a garantia do sigilo que assegure a privacidade dos sujeitos quanto aos dados confidenciais envolvidos na pesquisa; **h)** as formas de ressarcimento das despesas decorrentes da participação na pesquisa; e **i)** as formas de indenização diante de eventuais danos decorrentes da pesquisa.

IV.2 - O termo de consentimento livre e esclarecido obedecerá aos seguintes requisitos: **a)** ser elaborado pelo pesquisador responsável, expressando o cumprimento de cada uma das exigências acima; **b)** ser aprovado pelo Comitê de Ética em Pesquisa que referenda a investigação; **c)** ser assinado ou identificado por impressão dactiloscópica, por todos e cada um dos sujeitos da pesquisa ou por seus representantes legais; e **d)** ser elaborado em duas vias, sendo uma retida pelo sujeito da pesquisa ou por seu representante legal e uma arquivada pelo pesquisador”.

Acredita-se que, justamente pelo fato de embrião pré-implantacional estar em situação de maior vulnerabilidade que o embrião intra-uterino, é que ele necessita de especial proteção jurídica; e em não havendo previsão específica, no ordenamento jurídico do país, como no caso brasileiro, recomenda-se a utilização dos argumentos empregados para a tutela jurídica do nascituro.

Ademais, o ordenamento jurídico brasileiro não possui uma lei específica para regulamentar as práticas decorrentes das técnicas de reprodução humana assistida. Baseiam-se, médicos, e pacientes, nas diretrizes da Resolução Normativa nº 1358, de Novembro de 1992, do Conselho Federal de Medicina.

Partindo da orientação dada pelo Relatório Warnock, em 1984, documento acerca da reprodução assistida, um marco histórico ao desenvolvimento da bioética, a referida Resolução Normativa, dotada de caráter eminentemente ético, de cunho deontológico, portanto, estipula algumas recomendações, para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida.

Ressalte-se, que em função da sua natureza, não tem, a Resolução do Conselho Federal de Medicina, caráter de imperatividade; não estipula, portanto, pelas suas previsões, efeitos *erga omnes*, para que pudesse ser cumprida por todos aos que estivessem envolvidos em práticas de reprodução humana assistida, sob pena de punição. O poder de punição que se prevê, para o caso de desrespeito aos preceitos que regem o atuar do médico, está previsto no Código de Ética Médica¹³⁶, em seu preâmbulo, sujeitando o médico infrator às penas disciplinares previstas em legislação nacional.

Dispõe, a Resolução Normativa nº 1.358/92, em linhas gerais, que as técnicas de reprodução humana assistida serão empregadas para os casos de infertilidade, na tentativa da obtenção de gravidez, para mulheres, independentemente do seu estado civil. Condiciona, para tanto, o respeito à saúde, como dever a zelar em todo

¹³⁶O Código de Ética Médica, na parte preambular, prevê, expressamente, em seus incisos, o seguinte: "I – O presente Código contém normas éticas que devem ser seguidas pelos médicos no exercício da profissão, independentemente da função ou do cargo que ocupem. II – As organizações de prestação de serviços médicos estão sujeitas às normas deste Código. III – Para o exercício da Medicina, impõe-se a inscrição no Conselho Regional do respectivo Estado, Território ou Distrito Federal. IV – A fim de garantir o acatamento e cabal execução deste Código, cabe ao médico comunicar ao Conselho Regional de Medicina, como descrição e fundamento, fatos de que tenha conhecimento e que caracterizem possível infringência do presente Código e das Normas que regulam o exercício da Medicina. V – A fiscalização do cumprimento das normas estabelecidas neste Código é atribuição dos Conselhos de Medicina, das Comissões de Ética, das autoridades da área de saúde e dos médicos em geral. VI – Os infratores do presente Código sujeitar-se-ão às penas disciplinares previstas em lei". In: PESSINI, Leocir et BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*, p.625 - 626.

o procedimento para o emprego de determinada técnica; exigindo-se, como requisito basilar, que a vontade clara e inequívoca esteja presente, através da assinatura do Consentimento Informado. Inclusive, neste sentido, é também o Código de Ética Médica, publicado em 1988, no Diário Oficial da União, ao vedar que seja feito “qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo em iminente perigo de vida¹³⁷”.

Este documento deverá conter todos os detalhes do procedimento de procriação assistida a ser empregado, bem como, os possíveis riscos advindos de tal prática; exigindo-se também, para os casos de mulheres casadas ou que vivam em união estável, que o marido ou companheiro concorde, expressamente e por escrito, com a adoção do referido procedimento.

Ademais, determina que o número máximo de embriões implantados, em cada tentativa de gravidez, seja de quatro; e que a procriação assistida não poderá servir para que o casal selecione o sexo do bebê, ou outra característica biológica, de caráter discriminatório; exceto nos casos em que a escolha do sexo esteja relacionada com alguma manifestação genética relacionada. A redução embrionária, no caso de gestações múltiplas é proibida expressamente.

Estabelece a responsabilidade dos centros de reprodução humana assistida, o que tange ao controle de doenças, desde a coleta, até a transferência do material genético empregado na técnica a ser empregada para a paciente, exigindo-se, para tanto, que para todas as etapas do procedimento, inclusive, desde a fase laboratorial, a presença de um médico, necessariamente.

Permite-se a doação de gametas, para os casais que, por algum motivo, não possam utilizar os seus, garantindo-se o sigilo quanto às informações pessoais do doador; prevendo-se a possibilidade de divulgação apenas para casos muito excepcionais, por motivos de ordem médico, e apenas para médicos. Ainda nesta hipótese, estabelece a Resolução, que o responsável será o encarregado de escolher o doador que tenha as características fenotípicas mais próximas, mais semelhantes às do casal envolvido, proporcionando a melhor compatibilização, inclusive imunológica, à paciente receptora.

O Código de Ética Médica, também veda ao médico, a revelação de “fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por justa

¹³⁷ Código de Ética Médica, artigo 46. In: PESSINI, Leocir et BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*, p.631.

causa, dever legal ou autoridade expressa do paciente¹³⁸”; sendo que, na reprodução humana assistida, o paciente não possui legitimidade para decidir se o dever de sigilo vai ser quebrado ou não, já que o se garante, pela Resolução em comento, que ao médico, e somente em caráter de exceção, é dada a prerrogativa de decidir quebrar o segredo, somente em casos em que estejam em risco questões de saúde.

Exige-se que o casal, estipule, por escrito, o destino dos embriões excedentários, em caso de divórcio, ou morte de um deles; devendo, em qualquer hipótese, ser crioarmazenados, não podendo ser descartados, ou inutilizados. Quanto ao embrião *in vitro*, condiciona-se a quatorze (14) dias, o tempo máximo de desenvolvimento fora do útero, quando então poderá ser implantado no útero, ou criopreservado.

E ainda, para tentar salvaguardar eventuais polêmicas provenientes das maternidades de substituição, pelo empréstimo de útero, salienta-se para o caráter não oneroso desta prática, a qual somente deverá ser empregada para os casos em que a paciente não possa desenvolver a gravidez por problemas de saúde, e quando a mãe de substituição seja parente em até segundo grau.

Percebe-se que, esta norma ética, que disciplina os procedimentos de reprodução humana assistida no Brasil, tem conteúdo importante; embora deixe de mencionar qual é o destino dos embriões excedentários, já que limita-se a estabelecer que eles não serão destruídos.

Destituída de imperatividade que é, por ser deontológica, como se disse, é cumprida por aqueles médicos e respeitadas por aqueles pacientes que decidem por respeitá-la, em razão de suas convicções¹³⁹; porque, em verdade, bem se sabe, que há aqueles que agem em desacordo com tais recomendações, colocando em risco a saúde, a integridade física e moral de pacientes, e das crianças desenvolvidas a partir das práticas de reprodução assistida.

¹³⁸Código de Ética Médica, artigo 102. In: PESSINI, Leocir et BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*, p.638.

¹³⁹Para os que agem segundo a ética, o Código de Ética Médica estabelece *ipsis literis*, como princípio fundamental da atuação médica, o seguinte comando: “Artigo 2º - O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional” In:*Idem, Ibidem*, p.626.

3.2.4.2 No direito comparado

Em análise mais pormenorizada, com enfoque na particular contribuição que cada país teve, no transcorrer do desenvolvimento das técnicas de reprodução humana assistida, passar-se-á, primeiramente, à breve retrospectiva, acerca desta preocupação internacional com as novas questões propostas. A menção à disciplina legislativa contemporânea, de alguns países pesquisados, será analisada, em seguida.

Saliente-se, inicialmente, para a postura adotada pelos Estados Unidos da América, o Reino Unido e a França, conforme propõe o João Álvaro Dias, ao explicar que 1975, nos EUA, já se discutia sobre as relações entre a sociedade livre e a comunidade científica, tendo sido publicada, em 1976, as orientações gerais acerca do DNA recombinante.

Entretanto, quando em 1984, a manipulação de células sexuais gerou polêmica ao redor do mundo, pela dimensão dos valores envolvidos, foi criado, nos EUA, um grupo de trabalho para a “regulamentação biotecnológica progressivamente disseminada¹⁴⁰”. Na Inglaterra e na França, igualmente, foram organizados grupos de trabalho para a manutenção e respeito dos aspectos éticos envolvidos nas pesquisas e experiências realizadas com o DNA recombinado.

Em 1981, foi aprovado pela Comissão da Assembléia Parlamentar do Conselho da Europa um relatório de conteúdo diretamente relacionado à reprodução assistida, embora que, se observado à luz deste início do século XXI, demonstra-se bastante retrógrado em suas assertivas, pois considera que, conforme relata o João Álvaro Dias:

(...) o modo normal da procriação humana é o da união física do homem e da mulher, de preferência no seio da unidade familiar, pelo que se considera, em conformidade, a inseminação medicamente assistida como uma solução excepcional, apenas tolerada para obviar às graves e insuperáveis consequências da esterilidade e às dificuldades impostas pelas diversas legislações em matérias de adopção; a consideração de que é preferível disciplinar o fenómeno a perpetuar um vazio legislativo; a admissibilidade da inseminação,

¹⁴⁰Em 1984 foi criado um grupo do trabalho a nível ministerial – “US Office of Science and Technology Policy”, como salienta o autor na referida: DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p.13.

com ou sem dádiva de sémen, apenas para a mulher casada e com o seu próprio consentimento e o do marido(...)¹⁴¹.

Ainda em análise às manifestações em âmbito internacional, outros documentos foram desenvolvidos pelo Conselho da Europa, como a Recomendação 934 sobre engenharia genética, com a preocupação da garantia pela proteção dos Direitos Humanos; a Resolução 327/88, de 1989, cuja tônica principal eram os reflexos éticos e jurídicos das manipulações genéticas.

Nos Estados Unidos, até 1990, dos 50 estados americanos, 29 deles já haviam legislado acerca da reprodução humana assistida, tendo sido feita, em 1973, uma proposta de legislação a partir da análise dos problemas oriundos das práticas de reprodução humana assistida, em seus aspectos polêmicos, como por exemplo, a atribuição da paternidade ao marido da mulher cuja inseminação artificial tenha sido feito a partir da doação de esperma de um terceiro, o doador; ou ainda, às questões atinentes à complicada escolha de doadores de esperma¹⁴².

Em 1964, A Georgia foi o primeiro Estado americano a publicar legislação relativa à reprodução medicamente assistida. Na Grã-Bretanha, foi nomeada, em 1982, a Comissão Warnock, para o estudo das questões oriunda da reprodução assistida, além de desenvolvimento da investigação embriológica. Tal Comissão concluiu pela desmistificação da infertilidade, como se pode auferir a partir do texto do relatório elaborado pela Comissão, elencado por João Álvaro Dias:

A infertilidade não é algo de misterioso, tão pouco uma causa de vergonha ou algo que tenha de ser encarado como irremediável e insusceptível de cura. Acresce que as perturbações psicológicas motivada pela infertilidade naqueles que desejam ter filhos podem estar na origem de doenças mentais. (...) Em síntese, concluímos que a infertilidade é um estado digno de tratamento¹⁴³.

A Comissão Warnock determinou que o serviço de atendimento aos casos de reprodução assistida, por envolverem aspectos que estão além da biotecnologia, e

¹⁴¹ DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p.29

¹⁴² *Idem, Ibidem*, p.45-47. Conforme relata o autor, esta proposta denominada de "Section 5 of the Uniform Parentage Act", foi elaborada pela "National Conference of Commissioners on Uniform State Law".

¹⁴³ WARNOCK, Mary. A question of life – The Warnock Report in Human Fertilisation and Embryology, 1985, p. 10. In: DIAS, João Álvaro . *Idem*, p.49

do direito; mas também, aspectos de ordem ética, religiosa, social, por exemplo, deve ser presidido por pessoas que não sejam médicas, nem cientistas, para que possa garantir que o procedimento de reprodução assistida está sendo recomendado, apenas para os casos em que esta seja a solução mais adequada.

Objetivou-se, com isso, evitar a banalização do instituto, reprimindo-se, desta forma, as maternidades de substituições, em função de esta prática envolver aspectos éticos muito delicados, e de difícil resolução. Assim, se a mulher não pudesse gerar o seu filho, a recomendação era de procurasse outra via para a consecução para a realização do desejo de ser mãe (a adoção, por exemplo).

O Estado da Louisiana, em 1986, estipulou, através de lei específica sobre a fecundação *in vitro* e a transferência de embriões, tendo considerado o embrião como pessoa jurídica, até o momento da sua implantação no útero, não sendo permitida a destruição de embriões considerados viáveis. Os embriões inviáveis são aqueles que não se desenvolvem “no período sugerir a 36 horas(...), salvo se se encontrar congelado, não sendo por isso considerado uma pessoa jurídica¹⁴⁴”.

No Canadá, na província de Ontário, as recomendações são no sentido de permitir à mulher, que não lhe seja proibida a transferência de embriões, mesmo que os óvulos não sejam dela.

O embrião gerado é colocado sob a tutela jurídica do Estado e a experimentação somente é permitida em centros autorizados pelo Ministério da Saúde. Ademais, é proibido criar e armazenar o embrião excedentário por mais de dez anos, sob pena de que ele venha a ser destruído.

Na França, embora houvesse divergências argumentativas, a Ordem dos Médicos era contra a possibilidade de doação dos embriões excedentes. A Itália, através da redação de recomendações, em 1984, no Instituto Superiore di Sanità, em Roma, previu a permissão à prática da fertilização *in vitro*, para o casal casado legalmente, estando, o casal, plenamente informado dos possíveis riscos aos quais estarão sujeitos.

Havia, no ordenamento italiano, a possibilidade de proceder-se à reprodução heteróloga, contanto que fosse estritamente para os casos em que as células germinativas do homem não são capazes de fecundar o óvulo; além de serem proibidos experimentos com os embriões excedentes.

¹⁴⁴DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p.99.

Na Suíça, a reprodução assistida com sêmen de doador remota aos idos de 1920, embora tenha sido muito pouco desenvolvida até os anos 80, quando então, foi nomeada uma Comissão para a investigação dos problemas oriundas destas técnicas, em 1983. A lei sobre a procriação assistida, surgiu em 1984, tendo entrado em vigor, em 1985; inclusive, com alterações acerca da paternidade, especialmente para aquelas hipóteses em que a mulher estivera submetida à reprodução assistida, pela doação de espermatozóide¹⁴⁵.

A lei exigia que, para a prática da reprodução assistida, era necessária uma relação heterossexual, devendo ser realizada em hospitais públicos, e após a cuidadosa verificação da indicação desta prática, àquele caso concreto.

Na França, os Centros de Estudo e de Conservação de Sêmen (C.E.C.O.S)¹⁴⁶, consolidaram a idéia de plena assistência às práticas de reprodução assistida. A partir de uma organização fulcrada em princípios de ordem ética, “visam a garantir um máximo de segurança no tratamento, a par de uma harmoniosa integração e/ou conciliação dos interesses de todos os que estão implicados em tal processo¹⁴⁷”. Para a garantia da imagem de credibilidade, e tendo em vista a dimensão tão particular advinda de cada caso de procriação assistida, tais Centros cercaram-se de todos os cuidados e precauções, especialmente, voltados à garantia da segurança genética e à busca do melhor meio para a obtenção da gravidez desejada. São princípios que norteiam os referidos Centros, “a gratuidade da doação; a exigência de prévia paternidade (relativamente ao doador), a noção de doação do casal fértil

¹⁴⁵ João Álvaro Dias relata que o Direito Suíço vivenciou alterações legislativas, não apenas pela Lei nº 1140, de 21 de Dezembro de 1984; mas pela Lei nº 1139, de 20 de Dezembro do mesmo ano, que trouxe alterações acerca das questões relacionadas à paternidade, tendo em vista os polêmicos debates e às inúmeras ações que tumultuavam o contexto sócio-jurídico daquele momento. Foi através do Code Relating to Parents Guardian and Children, que ficou determinando que, considerava-se o pai da criança, quando da reprodução heteróloga, aquele que em sendo o marido da mãe, tivesse dado seu consentimento expresso. DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p.52-53.

¹⁴⁶ Sobre os Centros de Estudo e Conservação de Ovos e Espermatozóide Humanos franceses, o autor explica o seu nascimento: “Em 1973, criaram-se, junto aos Hospitais de Paris, os dois primeiros Bancos de Espermatozóide franceses. (...) Embora os dois Centros divergissem quanto à filosofia que devia nortear as procriações artificiais, ambos elaboraram toda uma ética da doação e da utilização de espermatozóide”. LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito*. p, 301-303.

¹⁴⁷ DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p.55

ao estéril (via aceitação do marido e da mulher ao ato de doar) e o anonimato dos doadores¹⁴⁸.

Neste país, reconheceu-se ao embrião, direitos patrimoniais, desde a concepção, entretanto, condicionou-se ao nascimento com vida, exigindo-se que a criança tenha respirado, para que possa adquiri-los, de fato e de direito. Observe-se, destarte, que com os avanços verificados na área médica, a noção de viabilidade tem sido bastante alargada, graças às múltiplas técnicas existentes.

Aliás, em posição de precaução, a França tem demonstrado a postura que os centros de reprodução medicamente assistida devem ter, já que, em face da ausência legislativa, há que se tomar todos os cuidados tendo em vista a grande repercussão que tais procedimentos geram para as partes envolvidas. Nos C.E.C.O.S, exigia-se do doador de sêmen, por exemplo, um compromisso moral de dizer a verdade.

Assim, no Direito Francês, o “não nascimento funcionaria como uma condição resolutiva da personalidade; o nascimento actua como condição suspensiva de atribuição da personalidade¹⁴⁹”. Decorre, entretanto, que somente era reconhecida a viabilidade da gravidez, a partir do 180º dia, deixando-se à sorte das interpretações mais justas, a proteção do embrião que sequer foi implantado, e também daquele que, *in útero*, não completou o referido prazo.

A Itália, em proposta de lei, de Maio de 1986, previa permitir a crioarmazenagem do embrião por, no máximo, dez anos. Findo este prazo, o casal envolvido teria que decidir entre implantar ou doar; proibindo-se qualquer forma de experimentação, bem como, a implantação quando uma das partes tivesse falecido.

Mais conservadora, a Itália, passou a demonstrar suas preocupações sobre o tema, a partir de 1958, quando Cossiga e Sarti “apresentaram na Câmara dos Deputados uma interpelação sobre as práticas inseminatórias¹⁵⁰”, tendo-se dado início às discussões acerca da procriação assistida; sempre direcionada, tradicionalmente, à rejeição da idéia da utilização de gametas de terceiros, que não o casal envolvido. A reprodução heteróloga, no entender dominante italiano, revelou-se como prática contrária aos bons costumes.

¹⁴⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito*. p, 302.

¹⁴⁹ DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p.187.

¹⁵⁰ *Idem, Ibidem*, p.58.

Em Portugal, pela Constituição da República Portuguesa, garantiu-se, como direito fundamental, o direito à constituição de família, podendo-se, portanto, recorrer às técnicas de reprodução medicamente assistida; muito embora o “direito de procriar” tenha sido bastante discutido, especialmente sobre os questionamentos acerca da utilização de todo e qualquer meio para a obtenção deste direito. É como salienta o autor português, em ressalva a um direito de procriar ilimitado: “A aceitação ou reconhecimento do direito à realização pessoal não implica em que todos os meios sejam lícitos para alcançar tal desiderato¹⁵¹”.

De grande valia legislativa para o Direito Português foi o Projeto sobre Utilização de Técnicas de Procriação Assistida, de iniciativa do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pois previu em seu artigo oitavo, conforme esclarece João Álvaro Dias, as obrigações especiais do médico, da seguinte forma:

o médico responsável pelo centro de procriação assistida ou o médico assistente a que se refere o nº 2 do artigo anterior é obrigado: a) A assegurar-se de que existem todas as condições médicas requeridas para a execução da técnica a utilizar; b) A verificar que os beneficiários estão esclarecidos sobre as implicações médicas, jurídicas e sociais prováveis do tratamento nomeadamente as que constituem risco para o nascituro; c) A certificar-se de que os beneficiários foram informados das condições em que lhes seja possível o recurso à adopção; d) A tomar em consideração o parecer emitido pelo sector de apoio psicológico, social e jurídico do centro, nos termos da legislação respectiva¹⁵².

Ao contrário dos avanços da biotecnologia, que aceleram-se incessantemente; a produção legislativa mostra-se tímida, acanhada e insuficiente.

A Espanha, desde 1988, possuía a “Ley de Técnicas de reproducción asistida” (Lei de Técnicas de reprodução assistida), que regulava as questões relativas à matéria, determinando ser possível a doação de embriões e a sua crioarmazenagem pelo prazo de cinco anos. Entretanto, os embriões somente poderiam ficar dois anos à disposição dos pais, passando depois, à administração do centro de reprodução assistida. Percebe-se a coisificação do embrião, tratado como mero objeto de propriedade.

¹⁵¹ DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p.73.

¹⁵² *Idem, Ibidem*, p.79

As experimentações com embriões humanos estavam permitidas, desde que presentes alguns requisitos, a saber: “terá que haver o consentimento escrito das pessoas de que procedem os embriões, após uma explicação pormenorizada dos fins que se visam prosseguir; não podem tais embriões desenvolver-se *in vitro* mais de 14 dias após a fecundação; a investigação deve realizar-se em instituições de saúde e por equipes médicas credenciadas, com a autorização e sob o controle das autoridades públicas competentes¹⁵³”. As modificações a esta lei serão analisadas, em seguida, quando da observação das legislações atualizadas, e portanto, válidas.

No Canadá e nos Estados Unidos, embora, no começo, a preocupação tenha sido apenas com o aspecto patrimonial dos direitos do embrião; passou-se a visualizar o lado extra-patrimonial destes direitos, por exemplo, reconhecendo-se o dever de não prejudicar o embrião concebido.

Não se verificava uma disciplina direta sobre o estatuto jurídico do embrião ou do feto, mas, através da análise casuística nos Tribunais americanos, observa-se, desde que o Supremo Tribunal dos Estados Unidos proferiu a decisão no caso *Roe v. Wade*¹⁵⁴, que a criança que ainda não nasceu não poderia ser considerada com pessoa, em sua acepção plena, sendo protegida pelo Estado a partir do seu nascimento com vida.

O Direito Canadense, embora tenha afirmado em decisões, que o feto não poderia ser considerado uma pessoa, protegia-se, o feto, das possíveis interferências negativas que pudesse vir a sofrer. Assim, os concebidos, mesmo não sendo pessoas, mereciam proteção desde então, sob pena de poderem, após o nascimento com vida, vindicar reparação pela via judicial.

No Canadá, na província de Ontário, as recomendações são no sentido de permitir à mulher, que não lhe seja proibida a transferência de embriões, mesmo que os óvulos não sejam dela.

¹⁵³DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p.194.

¹⁵⁴O referido caso versava sobre a realização de aborto, fez com que ficassem sedimentadas as noções de que o Estado pode interferir na vida privada da mulher, autorizando-lhe o aborto conforme e fase de desenvolvimento da gravidez. Assim, se estiver grávida até o terceiro mês, ela teria o direito de abortar, através de procedimento médico. A partir do quarto mês, tendo em vista o grau de complicações envolvidas, o Estado teria a obrigação de controlar mais de perto, determinando, de forma mais cuidadosa, que o aborto somente poderia ser realizado, mediante acompanhamento e recomendação médica específica. E a partir da 24ª semana, teria o Estado, que proibir o aborto, uma vez que, teoricamente, tal feto já teria condições de vida extra-uterina. DIAS, João Álvaro. *Idem*, p.197-198.

O embrião gerado é colocado sob a tutela jurídica do Estado e a experimentação somente é permitida em centros autorizados pelo Ministério da Saúde. Ademais, é proibido criar e armazenar o embrião excedentário por mais de dez anos, sob pena de que ele venha a ser destruído.

A Suíça não possui legislação sobre o tema, sendo permitida a reprodução *in vitro* homóloga. Evita-se o congelamento dos embriões excedentes, somente sendo permitido o criarmazenamento pelo prazo máximo de um ano.

Em diversos países do mundo contemporâneo, a experimentação com células humanas foi desenvolvida, na busca das melhores soluções para os mais diversos casos, em que a patologia crônica, a doença incurável cedem espaço à novas propostas de tratamento e de cura.

De particular relevância, é a pesquisa em células tronco embrionárias, as quais, segundo abalizada opinião médica teriam maiores chances de propiciar a cura para determinados casos. Destarte, apesar desta notória empolgação, especialmente verificada entre a população leiga, aspectos de complexidade e relevância estão envolvidos na experimentação com material genético humano embrionário.

Tendo em vista a abordagem feita sobre o desenvolvimento da proteção legislativa às técnicas de procriação assistida, passar-se-á, a análise contemporânea, tendo em vista a forma pela qual, os países pesquisados, tem enfrentando as questões advindas de tais práticas.

A lei espanhola vigente, sobre a reprodução assistida, é a Lei nº 14/2006, de 26 de Maio. Esta lei revogou não apenas a anterior, de 1998; mas também outra de 2003, a Lei nº 35/2003, de 22 de Novembro.

Segundo a nova lei espanhola¹⁵⁵, as técnicas de reprodução assistida estão disponíveis para todas as mulheres maiores de 18 anos e com capacidade para trabalhar, independentemente de seu estado civil, ou orientação sexual. Para os casos em que a paciente necessite de doação de óvulos ou de espermatozóides,

¹⁵⁵ LEY 14/2006, de 26 de Mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida: Artículo 6: “Usuarios de las técnicas. 1. Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa. La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual”.

Disponível em: <http://www.boe.es/boe/dias/2006/05/27/pdfs/A19947-19956.pdf> . Acesso em 01/03/2009.

garantir-se-á, segunda a lei espanhola, a confidencialidade e o anonimato dos doadores, sendo gratuitas as doações, não sendo admitidas as finalidades comerciais ou lucrativas, de forma expressa¹⁵⁶.

A partir das técnicas empregadas, somente poderão ser implantados três embriões por tentativa, havendo a possibilidade de armazenar os embriões excedentários, em processo de crioarmazenagem; entretanto, fica limitada, temporamente, ao momento em que a equipe médica entenda, de acordo com os conhecimentos que a biociência proporciona, que a receptora não reúne mais os requisitos adequados para a aplicação segura das técnicas de procriação assistida, conforme prevê o artigo 11¹⁵⁷, da referida Lei nº 14/2006. São vislumbrados diversos destinos aos embriões não utilizados, depois da referida análise, dentre os quais, a possibilidade de doação para casais que desejem implantá-los, a doação para experimentação científica, e até mesmo, estranhamente, prevê-se a possibilidade de não mais ser conservado, caso não tenha outra utilização. Não se falou em descarte, de forma expressa, mas sugeriu-se. Em sinal de avanço, previu, entretanto, que o embrião somente doado para experimentação se, por exemplo, quando tratar-se de um casal, ambos os cônjuges autorizarem a nova destinação.

¹⁵⁶ LEY 14/2006, de 26 de Mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida: Artículo 5. “Donantes y contratos de donación.:La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan”. Disponível em: <http://www.boe.es/boe/dias/2006/05/27/pdfs/A19947-19956.pdf> . Acesso em 01/03/2009.

¹⁵⁷ LEY 14/2006, de 26 de Mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida: Artículo 11. “Crioconservación de gametos y preembriones. 3. Los preembriones sobrantes de la aplicación de las técnicas de fecundación in vitro que no sean transferidos a la mujer en un ciclo reproductivo podrán ser crioconservados en los bancos autorizados para ello. La crioconservación de los ovocitos, del tejido ovárico y de los preembriones sobrantes se podrá prolongar hasta el momento en que se considere por los responsables médicos, con el dictamen favorable de especialistas independientes y ajenos al centro correspondiente, que la receptora no reúne los requisitos clínicamente adecuados para la práctica de la técnica de reproducción asistida. 4. Los diferentes destinos posibles que podrán darse a los preembriones crioconservados, así como, en los casos que proceda, al semen, ovocitos y tejido ovárico crioconservados, son: a. Su utilización por la propia mujer o su cónyuge. b. La donación con fines reproductivos. c. La donación con fines de investigación. d. El cese de su conservación sin otra utilización. e. En el caso de los preembriones y los ovocitos crioconservados, esta última opción sólo será aplicable una vez finalizado el plazo máximo de conservación establecido en esta Ley sin que se haya optado por alguno de los destinos mencionados en los apartados anteriores”. Disponível em: <http://www.boe.es/boe/dias/2006/05/27/pdfs/A19947-19956.pdf> . Acesso em 01/03/2009.

A maternidade de substituição é vedada, sendo proibida a prática negocial mediante pagamento; e também, a utilização de outro útero que não o da mãe, mesmo que de forma gratuita, conforme a redação do artigo 10¹⁵⁸, da Lei.

Em caso de falecimento do marido, caso haja embriões crioarmazenados, exige, a lei espanhola, a expressa e prévia anuência deste, para que possa ser feita a implantação, nos doze meses subseqüentes aos da sua morte, sendo garantidos à criança que vai nascer, todos os direitos a ela cabíveis, como se tivesse nascido na constância do casamento¹⁵⁹.

A Alemanha, através de Lei de 13 de Dezembro de 1990, denominada *Embryonenschutzgesetz*, que significa Ato de Proteção do Embrião, em tradução a partir do inglês, *The Embryo Protection Act*, regulamentou alguns efeitos jurídicos decorrentes das práticas de reprodução assistida. Com relação ao conteúdo, diferentemente da Lei Espanhola recém analisada, o ordenamento jurídico alemão não restringe a utilização das referidas práticas às mulheres casadas ou conviventes, partindo-se, entretanto, da necessidade do consentimento¹⁶⁰.

Permite-se a implantação de três embriões por tentativa¹⁶¹. A doação de óvulos foi contemplada¹⁶², sendo permitida, também, a doação de espermia anônima

158 LEY 14/2006, de 26 de Mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida: Artículo 10. "Gestación por sustitución. 1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero". Disponível em: <http://www.boe.es/boe/dias/2006/05/27/pdfs/A19947-19956.pdf>. Acesso em 01/03/2009.

159 LEY 14/2006, de 26 de Mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida: Artículo 9 – "Premorienza del marido. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas". Disponível em: <http://www.boe.es/boe/dias/2006/05/27/pdfs/A19947-19956.pdf>. Acesso em 01/03/2009.

160 *Embryonenschutzgesetz*: "Section 4 Unauthorised fertilisation, unauthorised embryo transfer and artificial fertilisation after death (1) Anyone will be punished with up to three years imprisonment or a fine, who attempts artificially to fertilise an egg cell without the woman, whose egg cell is to be fertilised, and the man, whose sperm cell will be used for fertilisation, having given consent, attempts to transfer an embryo into an woman without her consent". A versão em inglês está disponível em: <http://www.hinxtongroup.org/docs/Germany2.html> Acesso em 01/03/2009.

161 *Embryonenschutzgesetz*: "(1) Anyone will be punished with up to three years imprisonment or a fine, who: 3. attempts, within one treatment cycle, to transfer more than three embryos into an woman." A versão em inglês está disponível em: <http://www.hinxtongroup.org/docs/Germany2.html> Acesso em 01/03/2009.

e gratuita, para os casos em que seja comprovada a esterilidade do homem. É admitida a maternidade de substituição.

Ademais, não é permitido o descarte de embriões ou a sua utilização para outra finalidade, que não a reprodução assistida¹⁶³.

No Direito Inglês, através do *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*¹⁶⁴ (Ato de Fertilização e Embriologia humanas, de 1990), há permissão à a doação de óvulos. Ademais, a mãe que carrega a criança *in utero*, é que é considerada a mãe, da criança efetivamente, muito embora haja a possibilidade maternidade de substituição¹⁶⁵.

Na França, o *Code de la santé publique* (Código de Saúde Pública), de 29 de Julho de 1994, estabelece que a reprodução medicamente assistida dar-se-á para as práticas clínicas e biológicas, que permitam a concepção *in vitro*, a transferência de embriões e a inseminação artificial, além de toda técnica de efeito equivalente que permita a procriação de modo diferente do natural.

Atende, pois, conforme este Código¹⁶⁶, à demanda do casal, em que ambos estejam vivos e sejam capazes de demonstrar o seu casamento através de certidão, ou vivam em situação de convivência (parecida com a união estável brasileira, mas

¹⁶² *Embryonenschutzgesetz*: “(1) Anyone will be punished with up to three years imprisonment or a fine, who: 1. transfers into a woman an unfertilised egg cell produced by another woman”.

A versão em inglês está disponível em: <http://www.hinxtongroup.org/docs/Germany2.html> Acesso em 01/03/2009.

¹⁶³ *Embryonenschutzgesetz*: “Section 1: Improper use of reproduction technology (1) Anyone will be punished with up to three years imprisonment or a fine, who 2. attempts to fertilise artificially an egg cell for any purpose other than bringing about a pregnancy of the woman from whom the egg cell originated”. A versão em inglês está disponível em: <http://www.hinxtongroup.org/docs/Germany2.html> Acesso em 01/03/2009.

¹⁶⁴ “*Human Fertilisation and Embryology Act 1990 - 4 Prohibitions in connection with gametes* (1) No person shall— (b) in the course of providing treatment services for any woman, use the sperm of any man unless the services are being provided for the woman and the man together or use the eggs of any other woman”. Disponível em: http://www.opsi.gov.uk/Acts/acts1990/ukpga_19900037_en_1 Acesso em 25/03/2009.

¹⁶⁵ “*Human Fertilisation and Embryology Act 1990* - Disponível em: http://www.opsi.gov.uk/Acts/acts1990/ukpga_19900037_en_1 Acesso em 25/03/2009.

¹⁶⁶ “*Code de la Santé Publique: L 152-2: ‘L’assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d’un couple. Elle a pour objet de remédier à l’infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué. Elle peut aussi avoir pour objet d’éviter la transmission à l’enfant d’une maladie d’une particulière gravité. L’homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d’apporter la preuve d’une vie commune d’au moins deux ans et consentants préalablement au transfert des embryons ou à l’insémination’.* Para consulta ao texto em francês: http://www.fecondationinvitro.com/pdf/loi_1994.pdf Acesso em 25/03/2009.

que exige, pelo menos, dois anos de convivência prévia); e que, em face do insucesso na realização de seu projeto parental, por situação patológica previamente diagnosticada, vem a recorrer à este recurso. E também, para os casos de casal que queiram evitar a transmissão de doença genética à criança. Essencial é garantir que a manifestação de vontade seja feita através de documento expresso.

É permitida a reprodução heteróloga, contanto que um dos gametas provenha de um dos membros do casal envolvido. Os embriões excedentários serão criopreservados por cinco anos, sendo que anualmente o casal será consultado da intenção de implantá-los¹⁶⁷; podendo até, se assim desejar, doar os embriões para outro casal.

O estudo a partir deste embriões excedentários não utilizados deve, necessariamente, ter que ser autorizado pelo casal¹⁶⁸, expressamente, por escrito. Não é permitido o descarte destes embriões excedentes.

Além deste Código de Saúde Pública (*Code de la santé publique*), o Código Penal Francês¹⁶⁹, de 30 de Julho de 1994, estabeleceu pena de multa e privativa de

¹⁶⁷Conforme o “Code de la Santé Publique: L 152-3: “Un embryon ne peut être conçu in vitro que dans le cadre et selon les finalités d'une assistance médicale à la procréation telle que définie à l'article L. 152-2. Il ne peut être conçu avec des gamètes ne provenant pas d'un au moins des deux membres du couple. Compte tenu de l'état des techniques médicales, les deux membres du couple peuvent décider par écrit que sera tentée la fécondation d'un nombre d'ovocytes pouvant rendre nécessaire la conservation d'embryons, dans l'intention de réaliser leur demande parentale dans un délai de cinq ans. Les deux membres du couple sont consultés chaque année pendant cinq ans sur le point de savoir s'ils maintiennent leur demande parentale. Un décret en Conseil d'Etat détermine les obligations auxquelles sont tenus les établissements et les laboratoires au regard de leur conservation pendant la durée d'application de la loi n 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, notamment lorsqu'ils cessent leur activité.”. Para consulta ao texto em francês: http://www.fecondationinvitro.com/pdf/loi_1994.pdf Acesso em 25/03/2009.

¹⁶⁸“Code de la Santé Publique: L 152-8: La conception in vitro d'embryons humains à des fins d'étude, de recherche ou d'expérimentation est interdite. Toute expérimentation sur l'embryon est interdite. A titre exceptionnel, l'homme et la femme formant le couple peuvent accepter que soient menées des études sur leurs embryons. Leur décision est exprimée par écrit. Ces études doivent avoir une finalité médicale et ne peuvent porter atteinte à l'embryon. Elles ne peuvent être entreprises qu'après avis conforme de la commission mentionnée à l'article L. 184-3 ci-dessous dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat. La commission rend publique chaque année la liste des établissements où s'effectuent ces études, ainsi que leur objet”. Para consulta ao texto em francês: http://www.fecondationinvitro.com/pdf/loi_1994.pdf Acesso em 25/03/2009.

¹⁶⁹“Article 511-15 :Le fait d'obtenir des embryons humains contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende. Est puni des mêmes peines le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention d'embryons humains contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, ou de remettre à des tiers, à titre onéreux, des embryons humains. Article 511-23:Le fait de divulguer une information nominative permettant d'identifier à la fois le couple qui a renoncé à un embryon et le couple qui l'a accueilli est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende”. Em: http://www.lexinter.net/Legislation2/protection_de_l'embryon.htm Acesso em 25/03/2009.

liberdade, com reclusão de dois a sete anos, para aqueles que obtiverem embriões através de pagamento, ou mesmo, violarem o dever de sigilo, divulgando informação nominal que permita a identificação do casal que renunciou a um embrião, e do casal que o utilizou.

E ainda, o Código Civil Francês¹⁷⁰, veda expressamente a venda de qualquer parte do corpo humano, inclusive aos seus “elementos e produtos”; e ainda, a prática estabelece como nulos os acordos envolvendo empréstimo de útero. Garante, em respeito ao direito de privacidade, que todos os procedimento de doação de gametas será feito de forma anônima, tanto para as pessoas que doam, quanto para as que recebem.

Em Portugal, a recente Lei 32/2006, promulgada em 11 de Julho de 2006, estabeleceu diretrizes acerca da reprodução medicamente assistida. Limitou às casadas e conviventes, heterossexuais, o direito de acesso às técnicas de reprodução humana assistida¹⁷¹. Por exigir-se a capacidade para o recurso às referidas técnicas, as quais devem ser buscadas quando, pela forma natural, não há chance de ser obtida a gravidez; não há possibilidade de implantação *post mortem*, mesmo que o cônjuge ou companheiro falecido tenha deixado declaração afirmativa¹⁷².

Interessante observar, no Direito Português, a solução encontrada por aquele ordenamento jurídico, para compatibilizar direitos fundamentais: o direito ao

170 “Article 16-5 - Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle. Article 16-7 - Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles. Article 16-8 - Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée. Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur ni le receveur celle du donneur. En cas de nécessité thérapeutique, seuls les médecins du donneur et du receveur peuvent avoir accès aux informations permettant l'identification de ceux-ci”.
Em: http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=8D73AB494AC2D6AE3F5B275D937CAA61.tpdjo08v_2?idSectionTA=LEGISCTA000006136059&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20090327 Acesso em 10/03/2009.

171 Artigo 6º, da Lei nº 32/2006, acerca das beneficiárias, estabeleceu que : “1- Só as pessoas casadas que não se encontrem separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de facto ou, as que sendo de sexo diferente, vivam em condições análogas às dos cônjuges, há pelo menos dois anos, podem recorrer a técnicas de procriação medicamente assistida. 2- As técnicas só podem ser utilizadas em benefício de quem tenha, pelo menos, 18 anos de idade e não se encontre interdito ou inabilitado por anomalia psíquica. Acesso em 10/03/2009. O conteúdo integral da Lei em questão, está disponível em: <http://www.min-saude.pt/portal>

172 Neste sentido, o Artigo 22, in verbis, prevê: “1 - Após a morte do marido ou do homem com quem vivia em união de facto, não é lícito à mulher ser inseminada com sêmen do falecido, ainda que este haja consentido no acto de inseminação”. Acesso em 10/03/2009, em: <http://www.min-saude.pt/portal>

anonimato dos doadores de gametas, e o direito do indivíduo nascido a partir dos procedimentos de reprodução assistida, à própria origem biológica. Entende-se, através da Lei em comento, que a identificação do doador é vedada, muito embora proteja-se a possibilidade de o indivíduo gerado, necessitar consultar informações de ordem genética, para tratamento de doenças, ou mesmo para a verificação da inexistência de impedimentos matrimoniais. Se ocorrer alguma das hipóteses sugeridas, preferencialmente, a informação será dada sem que seja revelada a identidade do doador; o que somente ocorrerá, segundo a lei¹⁷³, por “razões ponderosas”, ou seja, quando realmente o juiz entender que, diante das necessidades circunstanciais, não há outra providência a tomar.

As doações de material genético não devem estar condicionadas à qualquer tipo de remuneração, devendo estar caracterizadas pela gratuidade¹⁷⁴. Evita-se que sejam produzidos mais embriões do que aqueles que serão implantados; embora eleição de quantos serão implantados, é do médico, diante da análise do quadro de saúde da paciente¹⁷⁵. Ademais, é permitida a doação de embriões¹⁷⁶, para outros

¹⁷³É desta forma, o artigo 15, sobre a confidencialidade: “.1 - Todos aqueles que, por alguma forma, tomarem conhecimento do recurso a técnicas de PMA ou da identidade de qualquer dos participantes nos respectivos processos estão obrigados a manter sigilo sobre a identidade dos mesmos e sobre o próprio acto da PMA. 2 - As pessoas nascidas em consequência de processos de PMA com recurso a dádava de gâmetas ou embriões podem, junto dos competentes serviços de saúde, obter as informações de natureza genética que lhes digam respeito, excluindo a identificação do dador. 3 - Sem prejuízo do disposto no número anterior, as pessoas aí referidas podem obter informação sobre eventual existência de impedimento legal a projectado casamento, junto do Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida, mantendo-se a confidencialidade acerca da identidade do dador, excepto se este expressamente o permitir. 4 - Sem prejuízo do disposto nos números anteriores, podem ainda ser obtidas informações sobre a identidade do dador por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial.”. Acesso em 10/03/2009, em: <http://www.min-saude.pt/portal>

¹⁷⁴“Artigo 17.º Encargos 1 - Os centros autorizados a ministrar técnicas de PMA não podem, no cálculo da retribuição exigível, atribuir qualquer valor ao material genético doado nem aos embriões doados. Artigo 18.º É proibida a compra ou venda de óvulos, sémen ou embriões ou de qualquer material biológico decorrente da aplicação de técnicas de PMA”. Acesso em 10/03/2009, em: <http://www.min-saude.pt/portal>

¹⁷⁵É neste sentido o Artigo 24.º: “Princípio geral 1 - Na fertilização in vitro apenas deve haver lugar à criação dos embriões em número considerado necessário para o êxito do processo, de acordo com a boa prática clínica e os princípios do consentimento informado. 2 - O número de ovócitos a inseminar em cada processo deve ter em conta a situação clínica do casal e a indicação geral de prevenção da gravidez múltipla”. Acesso em 10/03/2009, em: <http://www.min-saude.pt/portal>

¹⁷⁶Conforme o Artigo 25.º: “Destino dos embriões 1 - Os embriões que, nos termos do artigo anterior, não tiverem de ser transferidos, devem ser criopreservados, comprometendo-se os beneficiários a utilizá-los em novo processo de transferência embrionária no prazo máximo de três anos. 2 - Decorrido o prazo de três anos, podem os embriões ser doados a outro casal cuja indicação médica de infertilidade o aconselhe, sendo os factos determinantes sujeitos a registro. 3 - O destino dos embriões previsto no número anterior só pode verificar-se mediante o consentimento dos beneficiários originários ou do que seja sobrevivente, aplicando-se, com as necessárias adaptações, o disposto no n.º 1 do artigo 14.º 4 - Não ficam sujeitos ao disposto no n.º 1 os embriões cuja

casais; uma vez que os embriões excedentários podem ou não ser utilizados pelas partes envolvidas, ou não. A decisão pela utilização ou doação, deve dar-se depois de três anos de crioarmazenagem. O artigo 9º da Lei nº 32/2006, prevê a possibilidade de que os embriões não utilizados, pelos pais biológicos ou “adotivos”, possam ser utilizados para a experimentação científica, desde que presentes as condições exigidas nesta lei.

A maternidade de substituição é expressamente proibida, segundo o Artigo 8.º, da Lei nº 32/2006, sendo “nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição¹⁷⁷”.

De grande valia é o estudo de Direito Comparado. Não é somente é possível, a partir dele, entender-se o funcionamento do ordenamento jurídico do país pesquisado, no que tange à produção legislativa, sobre determinado assunto; mas também, utilizar-se das contribuições alienígenas para enriquecer o ordenamento brasileiro. Os países escolhidos para a apresentação dos dados mais recentes acerca da legislação sobre a procriação medicamente assistida, foram selecionados a partir de diversos critérios, dentre os quais, relevância das disposições legislativas para o tema; atualidade da Lei que regulamenta sobre as práticas de reprodução assistida; além da facilidade de acesso às informações (já que alguns países não possuem, inclusive, legislação neste sentido).

Passa-se, portanto, e agora que já se viu quais são os pontos freqüentemente previstos pelas legislações; e por isso, considerados como pontos geradores de importantes efeitos, é que agora se passa à análise da relação que desenvolve entre o médico e o paciente; bem como, os efeitos jurídicos dali advindos.

4.Direito e Medicina

4.1.Da relação jurídica médico-paciente

4.1.1.A natureza das obrigações avençadas

caracterização morfológica não indique condições mínimas de viabilidade. 5 - Aos embriões que não tiverem possibilidade de ser envolvidos num projecto parental aplica-se o disposto no artigo 9.º .Acesso em 10/03/2009, em: <http://www.min-saude.pt/portal>

¹⁷⁷É a Lei Portuguesa, sobre a Reprodução Humana Assistida. Acesso em 10/03/2009, em: <http://www.min-saude.pt/portal>

Os avanços vivenciados na ordem social, especialmente no que se refere às inovações tecnológicas, e em todas as áreas do saber, de modo geral, fizeram com que o padrão de exigência das pessoas aumentasse, graças às elucidações, nem sempre tão tempestivas, que o Direito, através da estruturação do ordenamento jurídico, procura propiciar.

Assim, os médicos, como outros profissionais, tiveram que conviver com este comportamento mais questionador, menos conformista, dos seus pacientes, quando suas intervenções não são tão bem sucedidas quanto se esperava.

A celeridade com que a nova ordem social se põe, de forma geral, provoca, também no Direito, uma postura de pró-atividade, na medida em que “demanda soluções maleáveis e porosas, características estas, necessárias, para que ele, enquanto ciência, possa acompanhar a dinâmica célere e acentuada dos fatos sociais¹⁷⁸”.

A relação jurídica, é, em linhas gerais, o vínculo que liga o indivíduo, sujeito de direito, ao objeto da relação. Entretanto, na relação médico-paciente, os alicerces que sustentam esta relação obrigacional possuem uma dimensão um pouco mais abrangente e diferenciada, em função de alguns elementos de caráter pessoal, subjetivo, valorativo.

A relação que se desenvolve entre o médico e o paciente é carregada de expectativas. Este particular fator, tipifica a relação médica, pois, em todas, ou quase todas as relações que se estabelecem entre um profissional da área médica, o paciente espera que médico possa trazê-lo conforto, saúde, esperança, melhora; mesmo sabendo que, em algumas das vezes, a sua expectativa é bem mais otimista do que mostram as particularidades do caso concreto. Mas é justamente na busca deste “sonho”, deste ideal de melhora é que têm início as relações médico-paciente.

Partindo desta ligação entre médico e paciente, há quem entenda que trata-se de contrato de prestação de serviços; e os que consideram-na como um contrato *sui generis*, por envolver questões que estão além do mero tratamento, mas que referem-se à aspectos de ordem psicológica. Independentemente de qual seja a ordem de motivações, a doutrina¹⁷⁹ é pacífica em apontar a natureza jurídica

¹⁷⁸GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Responsabilidade Médica – as obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação*, p.39.

¹⁷⁹Neste sentido, leciona Kfourri Neto que “Apesar de o Código Civil brasileiro colocar a responsabilidade médica dentre os atos ilícitos, não mais acende controvérsias caracterizar a responsabilidade médica como *ex contractu*”. KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do*

contratual para as relações estabelecidas a partir das obrigações pactuadas entre o médico e o paciente.

Abrange, este pacto, as questões emocionais, de confiança, de expectativa, de realização de sonho, de busca que cura, enfim, uma série de elementos imateriais que fazem desta relação médico-paciente, uma relação para além do mero consumo, do simples contrato de locação de serviços.

A natureza da relação é contratual, como visto ; entretanto, a polêmica ressurgiu quando o Código Civil de 2002, dispôs, em seu artigo 951, expressamente, sobre a extensão da indenização devido, em caso de responsabilização civil decorrente de atividade profissional; direcionando-se para a culpa aquiliana, por contemplar as espécies de culpa em seu texto¹⁸⁰.

No caso do desenvolvimento do projeto parental, pelo casal que contrata os serviços de uma clínica especializada em reprodução humana há vinculação com a equipe médica, para que se realize o procedimento adequado. Além destes vínculos jurídicos e patrimoniais (por envolverem remuneração), esses contratos são também dotados de fortes vínculos emocionais, já que médico será um realizador de sonhos¹⁸¹, propiciará eventualmente, a maternidade e a paternidades para as partes envolvidas.

Médico, p. 71. E também, Aguiar Dias, aponta que a “natureza contratual da responsabilidade médica não nos parece hoje objeto de dúvida”. E continuar, Dias: “Acreditamos, pois, que a responsabilidade do médico é contratual, não obstante a sua colocação no capítulo dos atos ilícitos”. DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, p. 281-282.

¹⁸⁰O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO, 2002 estipula, em seu Artigo 951, a hipótese de responsabilização civil, decorrente de atividade profissional. Entretanto, tal artigo faz menção aos antecedentes, os quais, transcrever-se-ão, para uma melhor compreensão do texto legal: Artigo 948 - “No caso de homicídio a indenização consiste, sem excluir outras reparações: I- no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; II- na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima”; Artigo 949 – “No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prova haver sofrido”; Artigo 950 – “Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu. Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada de paga de uma só vez”; Artigo 951 – “O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho”.

¹⁸¹Em paráfrase ao pensamento do autor. DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, p.256.

Por conseguinte, este médico tem a obrigação legal de esclarecer¹⁸² aos pacientes, não apenas sobre os tipos de procedimentos aos quais podem se submeter para a fecundação artificial; mas também, e principalmente, sobre os riscos que poderão ocorrer, no intuito de demonstrar quais as probabilidades de sucesso a partir do emprego de uma ou outra técnicas. É a partir daí que nasce a necessidade de estabelecer-se um pacto, como se verá, em seguida.

O instrumento pelo qual pactuam médico e paciente, na reprodução humana assistida, faz com que a responsabilidade civil decorrente de eventuais danos à paciente, tenha natureza contratual, por esta razão, há que ser averiguada, *in casu*, o tipo de obrigação¹⁸³ que foi pactuada entre as partes, se de meio ou de resultado. Na maior parte dos casos, a responsabilidade é de meios, justamente em função da natureza das obrigações avençadas; embora haja exceções, como se verá, em seguida.

Entretanto, não há presunção de culpa¹⁸⁴ em virtude de descumprimento do contrato. Isto é assim porque o médico tem a obrigação de exercer a sua função profissional dentro dos princípios técnicos e éticos norteadores, configurando-se uma obrigação de meio, em regra. Exige-se portanto, que a vítima demonstre que houve culpa do médico, ou da sua equipe, por terem agido com imprudência, imperícia e/ou negligência, praticando o ilícito e gerando o dano indenizável, em face da responsabilidade civil.

¹⁸²Genival França salienta para a nova postura que tem sido adotada pelos pacientes, em função da tomada de consciência mais real desta relação entre médico e paciente, para a busca da verdade, da informação real, junto aos médicos; sendo que, “muitos deles chegam a afirmar que a não-revelação do que deveriam saber constitui-se num golpe aos seus direitos fundamentais”. FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*, p. 14.

¹⁸³O autor esclarece que “a divisão das obrigações “de meios” e “de resultado” é atribuída a DEMONGUE, cujo *Tratado das obrigações* veio a lume entre 1926 e 1930. Antes, na Alemanha (BERNHOF e FISCHER), na própria França (DOMAT e PLANIOL) e no direito romano, já se encontravam menções a esses conceitos. Na jurisprudência francesa, a distinção foi admitida pela primeira vez em famosa decisão da Corte de Cassação, de 20.05.1936”. E continua, para esclarecer, através de citação do próprio DEMONGUE, que “o médico contrata uma obrigação de meio, não de resultado. Ele não deve ser responsável se o cliente não se cura. Ele promete somente cuidados atenciosos e o cliente deve provar a culpa do médico e a relação causal entre a culpa e o ato danoso (morte etc)”. KFOURI NETO, Miguel. *Culpa Médica e Ônus da Prova*, p. 226-227.

¹⁸⁴Assim, (...) “o fato de considerar como contratual a responsabilidade médica não tem, ao contrário do que poderia parecer, o resultado de presumir a culpa. O médico não se compromete a curar, mas a proceder de acordo com as regras e os métodos da profissão”. KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*, p. 71.

Se a obrigação for de resultado¹⁸⁵, tratar-se-á da hipótese de culpa presumida, uma vez que o médico comprometeu-se com o resultado, e portanto, no caso de tê-lo descumprido, ocasionando o dano, terá que demonstrar alguma causa excludente da culpabilidade que lhe é imputada.

Nas obrigações de meio¹⁸⁶, ao contrário, a vítima deverá provar que o resultado danoso ocorreu em função de conduta ativa ou omissiva culposa, do agente. Para a hipótese das obrigações de meio, surgirá a figura da responsabilidade civil, sempre que a atividade médica não tenha sido executada de maneira diligente, ou seja, sem que todos os meios disponíveis na ocasião, tivessem sido utilizados. O ônus probatório, via de regra, é do credor, no afã de demonstrar que nem todas as possibilidades existentes foram empregadas para um resultado de sucesso.

Neste sentido, é que pondera João Álvaro Dias, ao afirmar que, em regra, a obrigação do médico é de meio, já que ele não se compromete a curar; mas a fazer o que estiver ao seu alcance, para esta busca. Almeja-se, do médico, o dever de diligência, de cuidado no seu atuar, e esta atuação é bastante complexa, uma vez que comporta não apenas as obrigações técnicas, mas o dever de bem aconselhar, de representar-se a partir de uma relação de confiança extrema.

E assim, “a obrigação assumida pelo médico é de meio, e não de resultado, de sorte que, se o tratamento realizado não produziu o efeito esperado, não se pode falar, só por isso, em inadimplemento contratual¹⁸⁷”.

Hildegard Giostri¹⁸⁸ explica o surgimento da obrigação entre o médico e o paciente, partindo da noção de fato jurídico, para elucidar que:“(...) o dever jurídico nasce de um fato; contudo, nem todos os fatos acarretam deveres: somente aqueles

¹⁸⁵Sobre a obrigação de resultado, afirma o autor: “Neste caso, o ônus probatório é atribuído ao médico, que só se eximirá de responsabilidade caso prove, cumpridamente, culpa exclusiva da vítima ou caso fortuito”. KFOURI NETO, Miguel. *Culpa Médica e Ônus da Prova*, p. 235. Neste sentido, “quando o devedor assume uma obrigação de resultado, e o credor não se sente satisfeito com o resultado final, é suficiente, e bastante, indicar que o fim buscado não foi atingido (...)”, cabendo ao devedor, nesta hipótese, que o resultado não foi atingido por motivo de força maior ou caso fortuito, para eximir-se do alegado. GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Responsabilidade Médica – as obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação*, p.183.

¹⁸⁶KFOURI NETO, Miguel. *Culpa Médica e Ônus da Prova*, p. 236.

¹⁸⁷CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*, p.317.

¹⁸⁸GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Responsabilidade Médica – as obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação*, p.50-51.

aos quais o direito empresta uma conseqüência e, por isso, são chamados de fatos jurídicos”. Assim, “os deveres do médico derivam da finalidade de sua profissão, qual seja, aplicar seus conhecimentos, especialidades e as regras técnicas de sua arte na recuperação e preservação da saúde de seus pacientes”.

No caso da atividade médica, a prestação está representada por sua própria atividade, pois a obrigação do médico como reflexo de uma obrigação de fazer, “pressupõe atividade do devedor, energia de trabalho, material ou intelectual, em favor do paciente (credor) ¹⁸⁹”.

A análise da diligência com que o devedor de determinada obrigação atua, é de fundamental importância para o deslinde da questão; na medida em que facilita a tarefa do julgador. A postura cautelosa do médico, portanto, deve começar pela advertência ao paciente, dos possíveis riscos que pode vir a sofrer; agindo, na seqüência, da forma mais diligente possível.

Miguel Kfoury Neto¹⁹⁰, em função das particularidades do atuar médico, aponta para um necessário abandono desta classificação das obrigações em de meio e de resultado. Enquadrar as obrigações desta forma, seria, na verdade, buscar atribuir o ônus da prova, a uma das partes. O que também, de toda forma, seria uma preocupação desnecessária, uma vez que, em qualquer contrato, pode ser invertido o ônus da prova, em função de circunstâncias peculiares. Ademais, salienta para a impossibilidade de, na seara médica, existir uma obrigação de resultado, pois, para qualquer atuação médica, o fator álea, representado pela reação do paciente, pode mudar o resultado esperado.

Especial cuidado, entretanto, deve-se ter para não confundir inversão do ônus da prova com culpa presumida, pois mesmo que haja a necessidade de inverter-se o ônus da prova, isso não implica em presunção de culpa. A inversão do ônus da prova dá-se independente de tratar-se de um caso em que responsabilização seja subjetiva ou objetiva. Exemplifica-se a partir das hipóteses citadas por Giostri: “a) quando a prestação obrigacional estiver inserida na seara das obrigações de resultado; b) quando a vítima (paciente) for considerada hipossuficiente, ou houver

¹⁸⁹ Assim, este atuar médico “implica em diagnóstico, prognóstico e tratamento: examinar, prescrever, intervir, aconselhar. A prestação devida pelo médico é sua própria atividade, consciente, cuidadosa, valendo-se dos conhecimentos científicos consagrados – em busca da cura”. KFOURI NETO, Miguel. *Culpa Médica e Ônus da Prova*, p. 226.

¹⁹⁰ KFOURI NETO, Miguel. *Culpa Médica e Ônus da Prova*, p. 238.

indício de verossimilhança, de acordo com o Código e Defesa do Consumidor, condição que deverá ser arbitrada pelo juiz¹⁹¹”.

Passadas estas considerações preliminares, acerca da natureza da relação estabelecida entre médico e paciente, passar-se-á, portanto, à análise do Consentimento Informado, como instrumento pelo qual, médico e paciente convencionam as particularidades de cada circunstância fática; antes, porém, fazendo referência a um importante aspecto nesta relação: o dever de sigilo.

4.1.2. Do dever de sigilo

Além da questão até aqui ventilada, acerca da importância do consentimento livre e esclarecido, outra questão tão relevante quanto esta, é a relativa ao dever de sigilo que o médico tem para com o paciente. Tendo em vista a quantidade de informações sobre o perfil das partes envolvidas, que são confidenciais ao médico, por uma necessidade essencial, sem a qual não seria possível dar continuidade aos procedimentos de reprodução humana assistida; o médico acaba se tornando um guardião dos segredos mais íntimos.

Por esta óbvia razão, é que se estreitam os elos de confiança que norteiam a relação médico-paciente. O Juramento de Hipócrates¹⁹², elenca o dever de sigilo

¹⁹¹GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Responsabilidade Médica – as obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação*, p.101.

¹⁹²“Juro por Apolo, médico, por Asclépio, Hygéia e Panacéia, e tomo por testemunhas todos os deuses e todas as deusas, cumprir, conforme o meu poder e a minha razão, o juramento cujo texto é este: Estimarei como aos meus próprios pais que me ensinou esta arte e com ele farei vida comum e, se tiver alguma necessidade, partilharei os meus bens; cuidarei dos seus filhos, como meus próprios irmãos, ensinando-lhes esta arte, se tiverem necessidade de aprendê-la, sem salário nem promessa escrita; farei participar dos preceitos, das lições e de todo restante do ensinamento, os meus filhos, como os filhos do mestre que me instruiu, os discípulos inscritos e arrolados de acordo com as regras da profissão, mas apenas esses. Aplicarei os regimes para o bem dos doentes, segundo o meu saber e a minha razão, e nunca para prejudicar ou fazer mal a quem quer que seja. A ninguém darei, para agradar, remédio mortal nem conselho que o induza à destruição. Também não fornecerei a uma senhora pessário abortivo. Conservarei puras minha vida e minha arte. Não praticarei a talha, ainda que seja em calculoso manifesto, mas deixarei essa operação para os práticos. Na casa aonde eu for, entrarei apenas pelo bem do doente, abstenho-me de qualquer mal voluntário, de toda sedução, e sobretudo dos prazeres do amor com mulheres ou com homens, seja livres ou escravos; **o que, no exercício ou fora do exercício e no comércio da vida, eu vir e ouvir, que não seja necessário revelar, conservarei em segredo.** Se cumprir este juramento com fidelidade, goze eu minha vida e minha arte com boa reputação entre os homens, e para sempre; mas, se dele me afastar ou violá-lo,

como fundamental à qualquer profissional que deseje atuar como médico, pois garante-se, com total comprometimento, ao paciente, que as informações a seu respeito serão mantidas em absoluto segredo.

O Código de Ética Médica, no seu artigo 102, proibiu, expressamente, ao médico, “revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por justa causa, dever legal ou autorização expressa do paciente¹⁹³”.

O médico deve guardar as informações do paciente, apenas para si e para a equipe médica, que em razão do caso do paciente, esteja envolvida. Trata-se de proteção ao direito à intimidade do paciente. É neste sentido, a lição do Professor Elimar Szaniawski¹⁹⁴:

(...) protege-se o direito da pessoa que teve necessidade de revelar algum segredo de sua esfera íntima a terceiro, por circunstâncias da atividade profissional deste. Não se trata, portanto, do direito da pessoa do profissional ter protegidos segredos seus, mas da imposição do dever de guardar segredos alheios, obtidos lícitamente, em decorrência do exercício de sua profissão. Daí se tem que o direito ao segredo profissional pertence àquele que revelou ao profissional segredos de sua vida particular, e estes é que são protegidos.

O direito ao segredo médico, é um direito de personalidade, do paciente que confiou a sua intimidade ao profissional médico envolvido¹⁹⁵.

Entretanto, e como todas outras questões que referem-se aos direitos fundamentais do indivíduo, esta traz um possível conflito entre os ditos direitos, na medida em que pode fazer conflitar o direito à intimidade e o direito à saber a própria origem genética; ou ainda, o direito à liberdade do médico, no exercício da profissão, e o direito à liberdade de crença, do paciente, por exemplo.

Pode ocorrer, que o médico tenha que revelar tais fatos em função de determinação fundada em ordem pública, ou mesmo em interesse particular

sucedá-me o contrário”. (grifou-se)– Juramento de Hipócrates – PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. Problemas Atuais da Bioética. p.623-624.

¹⁹³Conforme a Resolução nº 1.246, de 08/01/1988, o Código de Ética Médica.

¹⁹⁴SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua tutela*. p. 317.

¹⁹⁵KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. p. 191.

relevante, que remeta à garantia de um direito fundamental, por exemplo. Pode ou deve?

Imagine-se que, hipoteticamente, num procedimento de procriação heteróloga, em que o gameta masculino tenha sido doado, com total garantia ao doador, de que sua identidade seria mantida em segredo; a criança venha a necessitar de doação de medula óssea compatível, proveniente de um parente biológico, quando a mãe biológica já tenha falecido, e os outros parentes sejam incompatíveis. Caberia ao médico o dever de revelar, em juízo, a identidade do doador, no afã de que ele pudesse, pelo ato da doação, salvar a vida daquela criança?

Para dar efetividade aos interesses de todos, e em respeito aos de cada um, mister observar que, numa hipótese como a citada, em que o médico se veja entre a defesa de dois ou mais direitos fundamentais, a decisão mais acertada, talvez, seja aquela que estipula que ele informe quem é doador, sigilosamente, em processo, apenas para que o juiz possa tomar as providências legais cabíveis de contactar o doador. Mas imagine-se que o doador se recuse a colaborar, pode o julgador, obrigar-lhe? Parece que, novamente, estar-se-ia diante de um novo conflito entre direitos fundamentais.

Em defesa à flexibilização do dever de sigilo, João Álvaro Dias entende que a revelação estaria autorizada, desde que o médico a faça “no cumprimento de um dever jurídico sensivelmente superior ou vise um interesse público ou privado legítimo¹⁹⁶”.

E o que dizer do filho nascido de um procedimento de procriação assistida que, depois de adulto, decide querer exercer o direito de conhecer a própria origem? É possível, em nome deste direito fundamental, sacrificar outro – o do segredo profissional?

A fórmula parece estar na difícil tarefa da ponderação, a partir da análise casuística, preservando ao máximo, os interesses daqueles que estão envolvidos, embora talvez não quisessem estar. A complexa harmonização dos interesses públicos com os privados, a intrincada resolução de direitos fundamentais em aparente conflito, são, se dúvida, o maior desafio do julgador, que deve ser capaz de

¹⁹⁶DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p. 305-306.

aproximar-se ao máximo do caso concreto, flexibilizando entendimentos intransigentes, ampliando interpretações excessivamente restritivas.

4.2. Do Consentimento Informado

A clínica de reprodução assistida e o médico deverão elaborar um instrumento contratual denominado de Consentimento Informado, ou Autonomia Privada, como defende parte da doutrina¹⁹⁷. Neste documento devem constar os direitos e obrigações dali advindas, além das vinculações jurídicas e consequências ali pactuadas. Para ser livre de vícios, deve conter a expressão da autonomia das partes envolvidas.

Assim, deve ser entendido, o consentimento, na lição de Kfouri Neto¹⁹⁸, como “o comportamento mediante o qual se autoriza a alguém determinada atuação”, que nas particularidades do atuar médico, representa, na verdade, uma “atuação na esfera físico-psíquica do paciente, com o propósito de melhoria da saúde ou do próprio enfermo ou de terceiro”.

Os contratos médicos, por escrito, não eram tão comuns há algum tempo atrás, entretanto, as “reflexões éticas sobre direitos e deveres de pacientes e profissionais, alimentadas por situações-chave, tais como: processos por erro médico; o julgamento e Código de Nuremberg (e mais tarde a Declaração de Helsinque) e os avanços da biotecnologia moderna¹⁹⁹”, propiciaram uma tomada de

¹⁹⁷ Sobre as divergências terminológicas, esclarece Vera Mincoff Menegon: “Na legislação brasileira, desde 1996, adota-se a terminologia Consentimento Livre e Esclarecido (CLE), conforme a Resolução do CNS n. 196/96¹, que dispõe sobre ética em pesquisa com seres humanos. Já na Resolução do CFM n. 1.358/92², que estabelece normas éticas para a prática clínica de reprodução humana assistida, a terminologia empregada ainda é Consentimento Informado”. Em artigo denominado de “Consentindo ambigüidades: uma análise documental dos termos de consentimento informado, utilizados em clínicas de reprodução humana assistida”, disponível em <http://www.scielo.br/pdf/csp/v20n3/22.pdf>, acesso em 20/12/2008.

¹⁹⁸ KFOURI NETO, Miguel. *Culpa Médica e Ônus da Prova*. p. 281.

¹⁹⁹ É neste sentido, a lição de Vera Mincoff Menegon: “É comum citar o Código de Nuremberg, formulado no final de 1946 e que utiliza a nomeação *consentimento voluntário do paciente humano*, como marco do consentimento informado. Esse código, entretanto, vincula-se mais à obtenção de consentimento para pesquisa do que para rotina assistencial, cuja trajetória remete aos processos legais impetrados contra médicos, ocorridos nos Estados Unidos, a partir da passagem para o século XX. Nessa ocasião institui-se a necessidade de comunicar possíveis riscos antes da intervenção; na

posição mais condizente com as exigências sociais contemporâneas. No contexto brasileiro, a partir do advento da Constituição Federal de 1988, do Código de Defesa do Consumidor de 1990, e especialmente, do Código Civil de 2002, a prática expressa e escrita do referido Consentimento Informado, visa a segurança das partes, tanto médico, quanto paciente.

O Consentimento Informado constitui-se a peça principal da relação médico-paciente. É através desta manifestação da vontade que partes irão consignar o objeto do contrato, os possíveis riscos, os métodos que serão empregados, enfim, farão um retrato do que acordarem, a partir da análise criteriosa feita pelo médico, do quadro de saúde apresentado pelo paciente.

É também denominado de Consentimento Esclarecido, e em narrativa simplificada, utilizando-nos dos dizeres de Genival Veloso França²⁰⁰, trata-se do consentimento “obtido de um indivíduo capaz civilmente e apto para entender e considerar razoavelmente uma proposta ou uma conduta médica, isenta de coação, influência ou indução”. Deve, por esta razão, ser redigido de forma clara, para possibilitar que a pessoa, geralmente leiga dos termos utilizados na área Médica, possa compreender, claramente, o objeto do pacto.

José de Aguiar Dias utiliza-se da citação de Savatier²⁰¹ para traduzir esta preocupação: “O médico não deve jamais tratar o doente senão como um ser humano com um princípio de razão e liberdade. A ausência de pormenores técnicos não impede mostre sumariamente os riscos do tratamento aconselhado; a necessidade de salvaguardar o moral não deve ser superestimada em relação ao direito de saber para onde o conduzem. Em todo o caso, se considerações de ordem moral impedem de o instruir cabalmente, o médico deve a verdade completa aos membros da família com autoridade sobre o doente”. Como doutrinador português, percebe-se em Dias, a menção ao Consentimento Informado, como

década de 1950 é nomeado de consentimento informado, em sua versão na língua inglesa, *informed consent*”. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/csp/v20n3/22.pdf>, acesso em 20/12/2008.

Nesta toada, Kfoury Neto, menciona os quatro requisitos principais, para o consentimento, a partir de Nuremberg: “1) ser voluntário; 2) dado por quem seja capaz; 3) após ter sido informado; e 4) encontrando-se esclarecido”. KFOURY NETO, Miguel. *Culpa Médica e Ônus da Prova*, p. 283.

²⁰⁰FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*, p.227.

²⁰¹SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile em droit français*, p. 397. *apud* DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, p.337-338.

desmembramento dos direitos de personalidade, dos direitos “à integridade físico-psíquica e da liberdade de vontade (autodeterminação)”²⁰².

E por ser o Consentimento Informado, o pressuposto de validade do contrato de reprodução assistida, o Conselho Federal de Medicina, pela Resolução nº 1.358/1992, estipulou que deverá conter os seguintes requisitos: a descrição pormenorizada da técnica da reprodução artificial escolhida pelo casal, à qual se submeterá a paciente receptora, contendo seus aspectos médicos e clínicos; os resultados dos testes e exames necessários obtidos na clínica de fertilização diante da técnica escolhida pela paciente e seu marido ou companheiro; o preço do tratamento, os custos relativos aos medicamentos que serão utilizados, bem como as condições em que o tratamento será pago; o valor mensal a ser pago por eventual crioconservação de gametas ou embriões excedentes em banco de crioarmazenamento; a declaração consentida de que o filho nascido da técnica proposta será filho legal do casal ou da pessoa que recorreu à técnica artificial de reprodução, com todas as vinculações jurídicas e legais²⁰³.

Sobre o consentimento para tratamento médico, a Giostri²⁰⁴ esclarece a importância que desempenha este “diálogo” que se estabelece entre o médico e o paciente. É importante que este acordo seja o reflexo da mais clara explicação e elucidação de todos os procedimentos aos quais irá se submeter o paciente. A verdade deve ser refletida não apenas nas informações que o médico passará para o paciente, como também na narrativa do paciente, ao informar ao médico, o que exatamente sente, qual é o seu histórico de saúde, para que ele possa, na seqüência, escolher o melhor tratamento em respeito às particularidades de cada caso concreto.

O Consentimento Informado²⁰⁵, na medida em que pactua as condições de validade deste “contrato”, pode vir a ser questionado, por exemplo, naqueles casos

²⁰²KFOURI NETO, Miguel. *Culpa Médica e Ônus da Prova*, p. 287.

²⁰³Conforme o teor da Resolução Normativa nº 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina.

²⁰⁴GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Responsabilidade Médica – as obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação*, p.98.

²⁰⁵Neste sentido, assevera o autor que, “com o avanço cada dia mais eloqüente dos direitos humanos, o ato médico só alcança sua verdadeira dimensão e seu incontestável destino com a obtenção do consentimento do paciente ou dos seus responsáveis legais. Isso atende ao princípio da autonomia ou da liberdade, pelo qual todo indivíduo tem por consagrado o direito de ser autor do seu próprio destino e de optar pelo rumo que quer dar à sua vida”. FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*, p.227.

em que, mesmo sob o manto contratual, alguma das partes estiver agindo de má-fé, já na elaboração do texto do acordo, de forma que o cliente (paciente), geralmente leigo, não consiga entender seu objeto.

Nos “contratos” que se estabelecem a partir das práticas de Reprodução Assistida, segundo aponta Vera Menegon, a partir da análise do Consentimento Informado, em diversas clínicas, não existe uma padronização pré-determinada para a redação de tais pactos. A redação é portanto, reflexo da obrigação de informar e de advertir a ocorrência de possíveis riscos, sendo que, “ao consentir submeter-se aos *serviços de uma clínica* aceitam-se suas estruturas físicas (consultórios, laboratórios, hospitais, UTI, equipamentos etc.) e humanas (pessoas da equipe e sua capacitação profissional)”²⁰⁶.

O Código de Ética Médica²⁰⁷ estabelece, com um de seus princípios fundamentais, esta necessidade do consentimento informado para a realização de qualquer intervenção na saúde do paciente, excetuando-se, por óbvio, aqueles casos em que, dada a urgência da situação, não se possa obter o consentimento da pessoa, ou mesmo de seus familiares.

Essencial é que o médico advirta o paciente das eventuais reações que possa vir a ter, e mesmo dos riscos aos quais eventualmente vai se submeter, quando do início do tratamento, por exemplo, a hipótese de reprodução humana assistida, em que a mulher, na maior parte dos casos, submete-se a um processo de hiper-ovulação, para que as possibilidades de sucesso na tentativa de gravidez sejam maiores. Além de advertir, deve também não faltar ao dever de cuidado, observando, atentamente, cada etapa das práticas médicas a que tenha submetida o paciente.

Questões assim são corriqueiras no cotidiano médico, pois o indivíduo tem se mostrado, de forma geral, cada vez mais consciente de seus direitos, e da necessidade de protegê-los como condição básica para uma vida digna.

²⁰⁶ MENEGON, Vera Mincoff. “*Consentindo ambigüidades: uma análise documental dos termos de consentimento informado, utilizados em clínicas de reprodução humana assistida*”. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/csp/v20n3/22.pdf> , acesso em 20/12/2008.

²⁰⁷ CODIGO DE ÉTICA MÉDICA – “É vedado ao médico”: Artigo 46 – “Efetuar qualquer procedimento médico sem estabelecimento e o consentimento prévios do paciente ou de responsável legal, salvo em iminente perigo de vida”; Artigo 56 – “Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnosticadas ou terapêuticas, salvo em iminente perigo de vida”.

Trata-se de proteger os valores essenciais de todo o ser humano, “como a vida, a saúde, integridade humana-, cujo respeito e proteção decorrem de princípios fundamentais de ordem pública, não podendo o médico beneficiar de qualquer cláusula exoneratória hipoteticamente aceite pelo doente²⁰⁸”. Neste sentido, e tendo em vista a nova ordem social, há que se partir do Consentimento Informado para se chegar à necessária tendência contemporânea, de relativização do *pacta sunt servanda*²⁰⁹, tendo em vista encontrar-se o paciente, em situação de hiposuficiência em diversos aspectos; deve ser empregada, quando é celebrado um contrato visivelmente prejudicial ao paciente, pelas referidas cláusulas exoneratórias.

O médico está dotado de uma capacidade técnica bastante específica, que já pela natureza das atividades que desempenha, enquadra-o em uma categoria de superioridade. O paciente, por mais clara que seja a explicação do médico, e de fato, deve realmente ser, não tem a mesma aptidão técnica para entender determinados conhecimentos, porque, via de regra, não estudou para isso.

Ademais, quem busca tratamento, seja para a tentativa de cura ou para a realização de um procedimento voluntário, como é o caso das mulheres que buscam os centros de reprodução humana assistida, para conseguirem realizar o desejo de terem os filhos não conseguidos pela via natural; já está fragilizado pela situação em si. Se sozinho o paciente sabe que não conseguirá resolver, sequer tentar desvendar a solução para o seu problema, somente lhe resta recorrer aos conhecimentos de um médico e pactuar com ele este contrato *sui generis*²¹⁰, totalmente impregnado de confiança, como requisito primeiro, para a realização de qualquer procedimento. Portanto, já está fragilizado pelas circunstâncias, o paciente; e por esta razão, sem o necessário discernimento estritamente racional que deveria orientá-lo.

²⁰⁸DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p. 249.

²⁰⁹Clássico princípio contratual que estabelece a força obrigatória dos contratos, entre as partes envolvidas.

²¹⁰Neste sentido: “O objecto de contrato médico-doente não se restringe, em todo o caso, aos meios técnicos (mais ou menos sofisticados) utilizados mas é constituído por uma complexa e multiforme actividade profissional que, para além de prestações eminentemente técnicas, compreende outros comportamentos classificáveis de acordo com regras de correção, de diligência, de boa fé de deontologia profissional”. DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p. 251.

Não é uma tarefa fácil a de esclarecer. Não apenas porque trata-se de um especialista explicando, via de regra, para leigos, através de termos técnicos; mas também, porque o tratamento ao qual será submetida a paciente, envolve-os, médico e paciente, numa relação de confiança muito íntima. O médico será o responsável por, talvez, conseguir realizar o desejo de ter filhos, daquele determinado casal. Por estas razões, é que o trabalho de elucidação, na certeza de também estar sendo recíproco o compromisso de verdade, deve ser primordial.

Para garantir a inexistência de vícios quaisquer, e a expressão mais fiel da liberdade de escolha, é importante que o médico esclareça, em linguagem simples e clara, todos os detalhes do procedimento ao qual será submetido o paciente, inclusive, e principalmente, os riscos que poderão ocorrer²¹¹. A utilização de linguagem excessivamente técnica inviabiliza a compreensão, por parte do leigo, do conteúdo pactuado.

Ressalte-se, em virtude da essencial relevância, que este Consentimento Informado deve ser reflexo da vontade tanto do paciente, quando do médico. De nada adianta o médico esclarecer da forma mais detalhada possível, toda a qualquer dúvida do paciente, e consignar todas as explicações e todos os possíveis riscos, por escrito; se não puder, em contrapartida, estabelecer de forma detalhada, o perfil completo do paciente, seu histórico médico, enfim.

É, neste sentido, que “o princípio do consentimento esclarecido significa que o médico que se propõe efectuar um tratamento ou intervenção sobre um doente deve dar-lhe suficiente informação sobre o tratamento proposto, quais as probabilidades de êxito, quais os riscos coenvolvidos, quais os efeitos colaterais ou mal-estar daí resultantes, quais as alternativas disponíveis, porque é que o tratamento escolhido é, na opinião do médico, o melhor para o doente, porque ser efectuado qualquer tratamento²¹²”.

Especialmente nos procedimentos de reprodução humana assistida, o papel que o Consentimento Informado desempenha é fundamental, tendo em vista a riqueza da dimensão que escolha do procedimento adequado significa. Esta escolha

²¹¹É o que estabelece João Álvaro Dias: “Significa isto que, como princípio geral, a informação deve ser dada ao doente numa altura em que ele tenha a capacidade e a liberdade de determinar se pretende ser tratado, o que implica desde logo que lhe deve ser dado tempo suficiente para ponderar e decidir sobre os prós e os contras do tratamento ou intervenção que lhe é proposta”. *Idem, Ibidem*, p. 278.

²¹²DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p. 282.

da melhor técnica, deve levar em conta, não apenas o diagnóstico da paciente, mas seu histórico de saúde, eventuais problemas que possa ter tido anteriormente. Destarte, saliente-se, nem sempre a técnica escolhida é a mais eficaz; pois nesta tarefa árdua, deve o médico aplicar a técnica mais segura, não necessariamente, a que mais chances de sucesso terá, na obtenção da gravidez.

Esta questão ensejadora de debates relativa à manifestação de vontade das partes, como elemento essencial caracterizador de todo e qualquer negócio jurídico, deve estar presente, em particular, na prática da reprodução assistida, levando-se em consideração todos os envolvidos. Assim, devem expressar seu consentimento, nesta relação que se estabelece com o médico, não apenas o casal envolvido, mas também, no caso da prática heteróloga, o doador do gameta masculino, a doadora do gameta feminino, e até mesmo, os cônjuges, se for o caso, de cada um deles.

A participação de todos os envolvidos, não visa restringir o direito à liberdade que é individual, mas sim, objetiva garantir que, uma vez deixados às claras, todos os aspectos passíveis de complicações futuras, as partes não venham a se deparar com situações constrangedoras, especialmente nas esferas ética e jurídica.

A esposa do doador de sêmen, por exemplo, merece ser esclarecida, apesar de a doação não acarretar reflexos diretos para a vida familiar do casal, já que o anonimato, via de regra, no Brasil²¹³, é garantido. Decorre que não se trata apenas de doar coisa, mas de doar material capaz de gerar outra vida, quando em contato com o óvulo. Interessa, portanto, na medida em que incidem, de certa forma, reflexos da personalidade do doador, na doação de uma herança genética que vai perpetuar-se em outro núcleo familiar, alheio ao casal. Pela mesma lógica de argumentação, o mesmo acontece nos casos em que a doadora é a mulher.

Ao casal receptor, por sua vez, interessa compreender toda a dimensão que a doação representa. O pai afetivo, marido da mãe que teve que recorrer a um banco de doação de esperma, tem que compreender que esta decisão será definitiva, não se admitindo, posteriormente, questionamentos outros que possam desmotivá-lo no exercício da paternidade responsável. O mesmo se diga em relação à mãe afetiva, que teve que recorrer à doação de óvulos, ou mesmo à maternidade de substituição.

A capacidade, é portanto, elemento essencial para dar validade a este ato, de tão importantes repercussões na vida de vários envolvidos. E os embriões formados

²¹³Conforme prevê a Resolução Normativa nº 1358/92, do Conselho Federal de Medicina.

a partir da fertilização *in vitro*? Se for adotada a linha de pensamento concepcionista, para a determinação do início da personalidade humana, a partir do momento que tenham personalidade, pressupõe-se que eles devem ter capacidade. Logicamente que o exercício da capacidade está ligado à necessária exigência de estarem representados.

Mas quem estaria legitimado à representá-los? Os pais, parcialmente comprometidos com o objetivo de terem filhos? Será que a estes pais, tão apaixonados por este ideal, têm efetivas condições de verificar qual é o melhor interesse de seus filhos?

Ao se conferir personalidade ao embrião, estar-se-á diante desta grande questão, que reporta à necessidade de representação dos interesses deste embrião. Se aos pais, às vezes contaminados por seus interesses egoísticos de terem filhos a qualquer custo, não seria aconselhável delegar o poder de representação, a quem se poderia delegar? Quem seria capaz de intervir, nos procedimentos de reprodução assistida, imparcialmente, para apontar se o melhor interesse da criança estaria sendo respeitado?

A atuação do Ministério Público, como fiscal da lei, neste particular aspecto, seria fundamental; a dúvida que surge é como viabilizar tal controle. Seria difícil imaginar que os representantes do Ministério Público fossem acionados a cada procedimento de reprodução assistida, para a verificação dos interesses daqueles envolvidos que ainda não tem nem forma humana, no sentido de observar se estão sendo respeitados ou não. A operacionalização deste controle seria de difícil realização, especialmente no quadro brasileiro, em que por mais eficientes e dedicados que sejam, seus membros, e de fato, o são; não há contingente humano disponível para a análise de cada caso.

No Brasil acontecem, segundo a Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida²¹⁴, existem mais de cento e vinte clínicas especializadas, cadastradas. O

²¹⁴ A Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida, divulgou em 2005, uma pesquisa que revelou o número de embriões crioarmazeando: eram 9.914, sendo que 3.210 já estavam congelados há mais de três anos, segundo divulgou a Folha de São Paulo, em 04/03/2008, em matéria cujo título foi “Clínica tem embrião congelado há 18 anos”, contendo ainda outros dados acerca do tempo que os embriões permaneciam congelados nas clínicas de reprodução assistida. Em uma das clínicas, a Franco Junior, de Ribeirão Preto, existem 90% dos embriões congelados, do país, sendo que de 1991 até 2008, a clínica crioarmazenou “13.925 mil embriões e hoje tem um saldo de 4.657. Desses, 3.534 estão congelados há mais de três anos”. Esta notícia revelou que, muitas das vezes, os casais preferem “esquecer” seus embriões lá congelados, do que, necessariamente, ter que tomar uma decisão. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u378322.shtml> . No dia

recurso à técnicas de reprodução assistida, tornou-se prática bastante habitual entre os brasileiros.

Em pesquisa, esta Sociedade revelou, em 2006, que o número de embriões que poderiam ser utilizados para as pesquisas sobre as células-tronco embrionárias, oscilava entre três mil a cinco mil embriões, que atenderiam aos requisitos estipulados na Lei da Biossegurança²¹⁵. Imagine-se, a partir destes dados, como seria praticamente impossível viabilizar um controle efetivo, para a verificação do cumprimento de todos os requisitos que devem estar presentes neste procedimento, e de forma expressa nos Consentimentos Informados assinados.

O fato é que, muito longe de apontar a solução, até mesmo porque não é este o foco do presente estudo, objetiva-se lançar tais questionamentos, para que se passe a pensar nos interesses daqueles que não podem se expressar, mas que são interesses, na maioria das vezes desrespeitados, dado o processo de coisificação do embrião que tem sido verificado. A idéia de proteção desta “voz” inaudível, dos embriões que ainda estão por nascer, se é que nascerão, poderá, quiçá, num estudo futuro, ser analisada mais minuciosamente.

Saliente-se, por ora, que Consentimento Informado é o instrumento pelo qual as partes esclarecem o objeto do “contrato” a que propõem; diferente, portanto, do consentimento que deve ser dado por todos os envolvidos no processo de reprodução humana assistida. Este refere-se à expressão da vontade, no sentido de garantir que opera-se sob o manto da autonomia das vontades. Justamente para garantir o elemento volitivo livre e desimpedido, é que ora passar-se-á à análise das cláusulas de não indenizar.

4.2.1.As cláusulas de não indenizar

05/03/2008, este mesmo jornal retificou o título da matéria, já que, na verdade, o embrião mais antigo tinha 17, e não 18 anos, conforme se vê em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u378752.shtml> . Sobre a Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida, diretrizes e membros: <http://www.sbra.com.br> , acesso em 03/04/2008.

²¹⁵ Conforme dados veiculados em “O que fazer com os embriões congelados?”, na Revista Época, da semana de 27/04/2007, disponível em <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDG77143-6014-467,00-O+QUE+FAZER+COM+OS+EMBRIOS+CONGELADOS.html> . Acesso em 16/10/2009.

Outra questão que surge a partir da relação médico-paciente, é a referente às cláusulas de não indenizar, inseridas em alguns contratos contemporâneos, não apenas nestes tipos de relações. Assim, também denominada de cláusula exonerativa de responsabilidade ou cláusula de irresponsabilidade, a cláusula de não indenizar, expressão tecnicamente mais correta, como adverte Sergio Cavaliere Filho, não se trata de isentar, através dela, o dever de indenizar, tampouco descaracteriza a obrigação; mas busca evitar a necessidade de recomposição indenizatória do dano sofrido. Assim, “a cláusula de não indenizar não suprime a responsabilidade, porque não a pode eliminar, como não se elimina o eco²¹⁶”, em metáfora que faz referência à responsabilidade como “eco” da obrigação descumprida.

A referida cláusula somente pode estar presente nas relações contratuais, pois nas extracontratuais, uma vez que não há pacto formal, não é possível proibir quando não há nada formalmente avençado, nem no sentido de permitir²¹⁷.

Ademais, na responsabilidade delitual, a cláusula de não indenizar parece descabida, pois não se pode dispor livremente acerca de dispositivos de lei, de interesse de ordem pública.

Não há que se confundir, as cláusulas exoneratórias, com as cláusulas que evidenciam o risco de determinados procedimentos, e que por este motivo, salientam para a possibilidade de não ser obtido êxito no procedimento adotado. Tendo em vista a natureza das intervenções médicas e o fato de recaírem sobre seres humanos, algumas reações são impossíveis de se precisar com total margem de acerto; especialmente porque cada organismo, cada indivíduo possui características particulares que podem interferir nos resultados esperados.

Mesmo na esfera contratual, e em respeito ao princípio da autonomia de vontade, sabe-se que, desde a Constituição Federal de 1988, e mormente após o Código Civil de 2002, os contratos devem estar redigidos em respeito à função social de suas previsões. Ou seja, mesmo que os particulares, entre eles, decidam avançar determinada previsão através de cláusula de não indenizar, se tal aspecto for excessivamente oneroso a uma das partes, se tiver se dado em função do

²¹⁶CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*, p.453.

²¹⁷É neste sentido a lição do autor. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*, p.453-455.

desequilíbrio técnico e econômico entre elas, por exemplo, são passíveis de anulação²¹⁸.

Isto é assim, em função dos princípios norteadores dos contratos contemporâneos, os quais apontam para a boa-fé objetiva, e a função social do contrato, como princípios diretrizes para interpretação de qualquer contrato entre privados.

Ademais, o Código de Defesa do Consumidor²¹⁹, em seu artigo 51, inciso I, também garante o princípio da boa-fé como condição geral para a continuidade de qualquer relação contratual, inadmitidas as hipóteses em que uma das partes tenha sido induzida em erro, ao concordar com determinada cláusula de não indenizar.

Assim, para exemplificar, no Consentimento Informado, assinado pelos envolvidos na utilização de umas técnicas de reprodução humana assistida, não é ilegal que o médico elabore uma cláusula que preveja a possibilidade de a mulher não engravidar. E isto é assim, justamente porque, ele não poderia garantir-lhe a gestação; mas tão somente, dar-lhe a certeza, por exemplo, de que a técnica escolhida para o seu caso, era a mais indicada, levando-se em consideração o seu estado de saúde, idade, histórico, enfim, os elementos que tenham influenciado o convencimento do médico.

É neste toada, que se salienta para a importância da existência do Consentimento Informado, documento assinado pelas partes envolvidas no procedimento médico ao qual vão estar submetidas, contendo todo o detalhamento das etapas, dos riscos, enfim, todas as particulares circunstâncias dali provenientes. Além de proteger o atuar médico, garante-se, através deste documento, que o paciente está ciente do tratamento, e que, em respeito ao seu direito à auto-determinação, opta, por livre escolha, em prosseguir com o avençado.

Assim, a partir destas análises, é que agora observar-se-ão os efeitos jurídicos advindos da relação médico-paciente, especialmente na reprodução humana assistida. Desta forma, pontuado as possíveis situações conflitantes,

²¹⁸GONÇALVES, Carlos Roberto Gonçalves. Direito Civil Brasileiro. p.30-33.

²¹⁹Código de Defesa do Consumidor, estabelece: Artigo 51 – “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - Impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. (...)”.

problemáticas, salientar-se-á, ainda mais, para aqueles aspectos que necessitam de clara e abrangente fundamentação teórico-legislativa.

4.3. Os efeitos jurídicos advindos das técnicas de reprodução humana assistida

Desde o advento das técnicas de reprodução humana assistida, e do sucesso da aplicação prática destes conhecimentos na área da biomedicina, muitos são os casos de famílias que conseguiram, através destes procedimentos, realizar seus projetos parentais a contento e sem maiores complicações.

Entretanto, inúmeras, e talvez em maior número, são as famílias que tiveram, a partir da utilização de uma das técnicas de procriação assistida, problemas oriundos destas práticas. Decorre que, por diversas razões, tais problemas ficam esquecidos, abafados pela falta de vontade de enfrentar questões tão polêmicas e que remetem diretamente ao direito mais essencial de qualquer ser humano: o direito à vida.

A legislação, por óbvio, não conseguiu, num primeiro momento, acompanhar, dando o devido suporte técnico-jurídico, à crescente e inovadora situação das “novas famílias”. Alguns países, como se viu, têm tentando buscar disciplinar os reflexos jurídicos da procriação assistida, embora ainda de forma bastante tímida. O Brasil, ainda está à longa distância de uma regulamentação eficaz.

A ausência de legislação adequada provoca dificuldades, na medida em que se procura delimitar qual é a dimensão dos interesses envolvidos e também, busca determinar, da forma mais adequada, como responsabilizar quem tenha ferido a esses direitos tão particulares.

Os efeitos negativos advindos da adoção dos procedimentos em questão são devastadores, e, de fato, extremamente polêmicos, por remeterem à discussões acaloradas, das mais diversas ordens, especialmente, nas esferas ética e religiosa.

Por ser o foco do presente estudo, na seara jurídica, levar-se-á em consideração, alguns possíveis problemas que podem surgir, nesta nova proposta de filiação. Para tanto, optou-se por tratar três das diversas problemáticas que poderiam ser analisadas. Assim, focar-se-á nos efeitos jurídicos advindos das

técnicas de reprodução humana assistida, no contexto brasileiro, a partir das seguintes questões: embriões excedentários, experimentação científica, e maternidade de substituição.

Sem qualquer demérito para outras questões, igualmente problemáticas e relevantes, a opção se deve em função da delimitação temática proposta; mas, outra questão igualmente palpitante é a referente ao possível direito sucessório dos embriões crioarmazenados, quando da morte de seu genitor.

Basta, para tanto, imaginar as complicadas imbricações resultantes da fecundação *post mortem*, onde, o pai biológico, já falecido, deixa material genético capaz de fecundar os óvulos da viúva, gerando uma gravidez de alguém que já nasce sem pai vivo; e mais ainda, de alguém que vai ter dificuldades jurídicas para habilitar-se na ordem de vocação hereditária, tendo em vista não estar ainda gerado à época do falecimento de seu pai. Ou mesmo que gerado, ainda estava crioarmazenado, quando do falecimento; remetendo-se, nesta hipótese, à complexa discussão acerca da determinação do início da personalidade do indivíduo.

Ou ainda, do exercício do direito fundamental de filiação, da criança advinda de procedimentos de reprodução artificial, de poder conhecer sua origem biológica; já que, nestas práticas, ao doador de espermatozoides para bancos de sêmen, é garantido o anonimato.

De fato, tais questões são palpitantes, e não raro, tem encontrado, na barreira da lacuna legislativa, grandes dificuldades de elucidação. Os aspectos, de ordem ética, religiosa e social, como se mencionou, embora não estejam no foco do presente estudo, apesar de merecerem tão ou mais considerações que o aspecto jurídico, por uma questão de delimitação técnica, não são aqui analisados a fundo; mas são fundamentais para o deslinde de tão complicadas situações.

4.3.1.Os embriões excedentários

A polêmica dos embriões excedentários, conduz a uma preocupação iminente, a da necessária determinação do início da vida humana e dos direitos de personalidade a ela inerentes, como já analisado em tópico anterior. Por esta razão, propõe-se uma breve análise do início biológico da vida humana, através do estudo

das fases da fertilização, uma vez que, quando se trata de reprodução humana assistida, adentra-se no campo da fertilização artificial, e por isso a dificuldade e a divergência relutante, na esfera doutrinária, para determinar em que momento tem início a vida humana, quando o embrião advém das técnicas de FIV.

Assim, são seis as etapas para a fertilização: “penetração na corona radiata, fixação e penetração na zona pelúcida, fusão dos gametas, término da segunda divisão meiótica e formação de pronúcleo feminino, formação do pronúcleo masculino, dissolução das membranas procuncleares em preparação para a primeira divisão mitótica²²⁰”.

Para que os óvulos de uma mulher que deseja submeter-se à reprodução assistida sejam retirados, e conseqüentemente fertilizados em laboratório, pelo espermatozóide, é necessário que haja uma hiperestimulação desta ovulação, justamente para garantir maiores probabilidades de sucesso nos procedimentos.

Diante destes óvulos, em número de dez, geralmente, a equipe médica envolvida tentará inseminá-los todos, a fim de verificar quais deles foram efetivamente fecundados; para, a partir daí, verificar quais deles têm maior viabilidade e resistência para serem implantados no útero, gerando a gravidez tão desejada.

Quando unidos aos espermatozóides, formam-se diversos embriões, os quais, não podem, por uma questão de segurança da paciente, ser implantados de uma só vez. O risco de desenvolver todos os embriões, em gestações múltiplas, pode trazer sérios prejuízos para a mãe e para as crianças.

Como se disse, quanto ao número limite de embriões que podem ser transferidos, no Brasil, segundo a previsão da Resolução Normativa nº 1358/92, quatro embriões podem ser implantados, com segurança. Mas, na hipótese de os quatro virem a se desenvolver no útero materno, esta segurança inicial fica comprometida, tendo em vista que, a ocorrência de gestação de quádruplos, é arriscada para a bem estar físico da mãe e dos bebês. O fato é que, estes embriões que não são implantados, os chamados embriões excedentários, ficam crioarmazenados, aguardando a decisão do casal de implantá-los, ou dar-lhes outra finalidade, conforme preveja a legislação do país.

²²⁰VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia*, p. 29.

Em outros países, este número é variável, como por exemplo: na Grécia, de cinco a sete, na França e na Itália, três ou quatro, em Cingapura, quatro.²²¹ Países como a Áustria, por exemplo, não permitem que sejam produzidos embriões em número maior ao que será efetivamente utilizado.

Conforme, portanto, a legislação de cada país, serão utilizados mais ou menos embriões por procedimento; e os que não forem utilizados, serão crioarmazenados. Entretanto, outra questão de contornos incertos é a relativa a quanto tempo podem ficar crioarmazenados estes embriões. A Comissão Warnock, de 1984, determinou um prazo de dez anos para que estes embriões fiquem congelados.

Os embriões excedentes são crioarmazenados por um prazo que é variável conforme a legislação do país. No Brasil, a recente Lei da Biossegurança estabelece um prazo de três anos, para que então seja feita a opção pela utilização, ou pela liberação destes embriões para as pesquisas realizadas em células-tronco embrionárias. E se não se optar pela utilização, nem se autorizar a liberação para pesquisa?

O fato é que não há garantias, a partir dos estudos científicos, de que os embriões crioarmazenados durante mais tempo possam gerar crianças saudáveis, embora haja alguns casos em que tenham sido implantados embriões congelados há mais de sete, oito anos²²².

²²¹ *Idem, Ibidem*, p.26.

²²² De fato, não há limite de tempo conhecido pela ciência, em relação a quanto tempo um embrião pode ser mantido em congelamento e ainda obter uma gravidez com sucesso. Conforme o texto original em: http://www.createivf.com/fertility_services/ivf_cryopreservation.htm, acesso em 27/03/2009: "*There is no known time limit as to how long an embryo can be kept frozen, and still result in a successful pregnancy*". (traduzido pela autora).

Embora partindo de um apelativo religioso, a Comissão Diocesana em Defesa da Vida Movimento Legislação e Vida, da Diocese de Taubaté, organizou uma espécie de estudo sobre as condições de viabilidade de embriões congelados há mais de três anos, sob o título "Uma questão decisiva para a ADIN 3510: Os embriões congelados são inviáveis?", em que buscava argumentar contrariamente ao conteúdo da então questionada Lei da Biossegurança. Em relevante coletânea de dados, demonstrou, por exemplo, o caso do bebê brasileiro nascido a partir de um processo de crioarmazenagem embrionária de oito anos: "No jornal BOM DIA de Bauru de 30/4/2008 anuncia-se o "pequeno Vinícius, que nasceu prematuramente aos seis meses de gestação e com apenas 1,2 quilos, tendo ido para casa depois de dois meses de vida. O bebê nasceu do embrião que mais tempo ficou congelado no Brasil (oito anos completos). Vinícius estava internado em São José do Rio Preto, no Hospital Beneficência Portuguesa, e chegou a pesar 880 gramas. No fim, saiu do hospital com 1,8 quilos"". E também, neste mesmo artigo, está o caso do bebê norte-americano: "Em 2006 o Reproductive Biomedicine Online apresentou um trabalho relatando o nascimento de um bebê após 13 anos de congelamento. O texto citava o documento 14 anterior que mencionava, dois anos antes, o mesmo com doze anos de congelamento: "Doze embriões foram obtidos de um casal que submeteu-se a uma injeção intracitoplasmática de esperma em janeiro de 1992, dos quais três foram

Se for adotada a corrente de pensamento concepcionista, ou a verdadeiramente concepcionista, é difícil imaginar que não haja vida na célula humana embrionária, até mesmo porque, a indagação acerca da existência ou não de vida neste estágio, parece contraditória. Ora, se trata-se de um óvulo vivo, e de material genético masculino vivo, é inimaginável que o produto da união entre estes dois componentes, não gere um ser vivo.

Em que pesem os posicionamentos divergentes, daqueles que são adeptos, por exemplo, da corrente genético-desenvolvimentista, cujo cabedal argumentativo aponta o início da personalidade humana, apenas a partir do nascimento com vida; o fato é que, qualquer que seja linha de raciocínio, o ser humano embrionário é digno de tutela jurídica.

Tal temática tem gerado os mais acalorados debates em esfera nacional e internacional. A Convenção Européia dos Direitos do Homem previu a proteção do direito à vida, à todas as pessoas; tendo, a Comissão Européia dos Direitos do Homem determinado que pessoa era o ser humano concebido e não nascido. A Convenção Americana dos Direitos do Homem de 1969 previu que toda pessoa tem direito ao respeito à sua vida, no artigo 4º, nº 1º²²³.

Na visão de João Álvaro Dias, “o direito à vida é garantido a quem quer que “viva”; não poderá fazer-se a este propósito qualquer distinção entre as diferentes fases da vida em desenvolvimento antes do nascimento, nem entre as crianças nascidas e as crianças concebidas²²⁴”. E sobre a possibilidade de realizarem-se

transferidos e nove congelados. Em fevereiro de 2005, um casal foi admitido ao programa de adoção de embriões. Três dos embriões [congelados em 1992] foram transferidos, a mulher ficou grávida e um menino de 4,2 quilos nasceu em dezembro de 2005. Com base em princípios teóricos, embriões podem ser congelados em nitrogênio líquido por um período ilimitado de tempo. Não existe evidência de que a criopreservação prolongada afete a viabilidade e a sobrevivência dos embriões. Até o momento o mais longo período de criopreservação de embriões humanos resultando no parto de um recém-nascido saudável era o reportado por Revel e outros [Documento 14], em que os embriões foram criopreservados por doze anos. Graças ao programa de adoção de embriões, estes embriões, em vez de permanecerem congelados por um período indefinido de tempo, foram transferidos para um casal que desejava adotá-los, resultando no nascimento de um bebê saudável”. Disponível em: <http://www.providaanapolis.org.br/embrviav.htm> - Acesso em 28/03/2009. Os grifos em negrito são do texto original.

²²³ O Pacto de San José da Costa Rica – Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 , prevê, assim, no artigo referido: “Direito à vida 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”..

²²⁴ DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p.162.

experimentos a partir de células humanas embrionárias, obtidas a partir dos excedentários, afirma, o referido autor, que:

o estudo das fases iniciais de desenvolvimento do ovo humano da parte da investigação que terá que ser levada a cabo para que os conhecimentos científicos progridam. Atento, todavia, o estatuto particular do embrião humano faz parte da investigação que terá que ser levada a cabo para que os conhecimentos científicos progridam. Atento, todavia, o estatuto particular do embrião humano, esta investigação deverá ser submetida a um controle rigoroso. Em primeiro lugar, é necessário haver absoluta certeza que nenhum outro material de investigação está disponível para o projecto que se tenciona levar a cabo²²⁵.

A grande questão é a relativa a determinar em que momento o embrião possui personalidade, no sentido de humanidade, e independente do fato de ter aparência externa ainda não-humana, ou de ser dependente da decisão da mãe para que possa viver.

Esta é uma lacuna legislativa, que deve ser preenchida por um texto que seja capaz de considerar os aspectos jurídicos da questão, afastando, e apenas para garantir a imparcialidade desejada, outros importantes elementos, como os de ordem ética, religiosa, social. Estes são fontes de argumentação muito interessantes, mas que não devem ser parâmetro para a construção do texto normativo.

Por todo o exposto, é de grande importância verificar como e de que forma a experimentação científica envolvendo embriões humanos, de respeitar a esta condição de humanidade.

4.3.2.A experimentação científica

Em diversos países do mundo, a utilização de embriões humanos excedentes, a partir dos procedimentos de reprodução assistida, podem ser

²²⁵ *Idem, Ibidem*, p.167.

utilizados, com diversos e diferentes tipos de restrições, tendo em vista a estipulação legal de cada local²²⁶.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Lei de Biossegurança, n.º 11.105, de 24/03/2005, surgiu com o intuito de regulamentar o direito de todos a um ambiente ecologicamente equilibrado, em consonância com o artigo 225, §1º, incisos II, IV e V, com objetivo de estabelecer normas para o uso de técnicas de engenharia genética e liberação de organismos geneticamente modificados (OGM) no meio ambiente, os de origem vegetal e animal.

Com a sua promulgação, ab-rogou-se o texto da Lei nº 8.974/95, que em seu artigo 8º, abordava a expressa vedação à manipulação genética de células germinais humanas, a intervenção em material genético humano *in vivo*, a não ser nos casos de tratamento de defeitos genéticos e para produção, armazenamento e manipulação de embriões humanos destinados a servir como material biológico disponível²²⁷.

Esta Lei, ao contrário, permitiu a disponibilização de embriões humanos para pesquisa científica e terapia, mediante autorização expressa dos genitores e ressalvadas algumas condições²²⁸. Além do conteúdo de constitucionalidade

²²⁶Em recente atuação, o Presidente dos Estados Unidos, Barack Obama, assinou, em 09 de Março de 2009, “um decreto suspendendo as restrições ao uso de fundos federais em pesquisas com células-tronco embrionárias”. A medida polêmica visa propiciar condições para o desenvolvimento da biotecnologia, sem adentrar, entretanto, na problemática do início da personalidade jurídica do embrião. Conforme: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u531606.shtml>. Acesso em 09/03/2009.

²²⁷Lei nº 8.974/1995 - “Art. 8º É vedado, nas atividades relacionadas a OGM: I - qualquer manipulação genética de organismos vivos ou o manejo *in vitro* de ADN/ARN natural ou recombinante, realizados em desacordo com as normas previstas nesta Lei; II - a manipulação genética de células germinais humanas; III - a intervenção em material genético humano *in vivo*, exceto para o tratamento de defeitos genéticos, respeitando-se princípios éticos, tais como o princípio de autonomia e o princípio de beneficência, e com a aprovação prévia da CTNBio; IV - a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servir como material biológico disponível; V - a intervenção *in vivo* em material genético de animais, excetuados os casos em que tais intervenções se constituam em avanços significativos na pesquisa científica e no desenvolvimento tecnológico, respeitando-se princípios éticos, tais como o princípio da responsabilidade e o princípio da prudência, e com aprovação prévia da CTNBio; VI - a liberação ou o descarte no meio ambiente de OGM em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e constantes na regulamentação desta Lei. § 1º Os produtos contendo OGM, destinados à comercialização ou industrialização, provenientes de outros países, só poderão ser introduzidos no Brasil após o parecer prévio conclusivo da CTNBio e a autorização do órgão de fiscalização competente, levando-se em consideração pareceres técnicos de outros países, quando disponíveis. § 2º Os produtos contendo OGM, pertencentes ao Grupo II conforme definido no Anexo I desta Lei, só poderão ser introduzidos no Brasil após o parecer prévio conclusivo da CTNBio e a autorização do órgão de fiscalização competente. § 3º (VETADO)”

²²⁸Artigo 5º – “É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no

comprometida, tendo em vista a maneira como descarta o direito à vida àqueles que ainda estão por nascer, a referida lei contém algumas imprecisões técnicas que acabam por provocar desentendimentos. Por exemplo, qual é o alcance legal do termo inviável?

Para a análise dos pontos favoráveis e desfavoráveis da lei, passar-se-á à breve análise dos argumentos que nortearam as discussões, e que conduziram à elaboração do veredicto. Assim, Cláudio Fonteles, que foi o autor da Ação Direta de Inconstitucionalidade, a ADIN nº 3510, argumentava pela ofensa ao direito à vida, de um lado; e Luís Roberto Barroso, representando o Movimento em Prol da Vida (Movitae), defendia a constitucionalidade da lei, buscando descaracterizar o foco da discussão, ao afirmar, em entrevista concedida à Associação dos Magistrados Mineiros²²⁹, em 05 de Março de 2008, que: “Não há resposta para pergunta “quando começa a vida?” porque ela não pode ser respondida pela ciência ou biologia (...) essa é uma questão filosófica e de fé”; e continua, “A pergunta correta a ser respondida pelo Supremo é: “O que fazer com os embriões que já existem e estão congelados há mais de três anos?”. É melhor deixá-los perenemente congelados até o momento de descarte ou é melhor destiná-los à pesquisa científica, permitindo que eles tenham o fim digno de contribuir para a ciência, para a diminuição do sofrimento de muitas pessoas e para salvar vidas?”

A necessidade de serem utilizadas as células-tronco embrionárias, dá-se em razão do alto poder de mutação que têm, sendo “capazes de converter em qualquer um dos 216 tipos de célula do corpo humano²³⁰”, e por isso, seriam preferíveis às células adultas. Entretanto, tais vantagens são ainda suposições. Em pesquisa à diversos artigos e notícias relacionados ao tema, percebe-se ainda uma certa

respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data do congelamento. §1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. §2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.”

²²⁹ Para o texto na íntegra: http://www.amagis.com.br/noticias/not_ver_print.php?id_notic=3540 , acesso em 16/10/2008.

²³⁰ Conforme matéria intitulada “As embrionárias é que curam”, da Revista Veja, da semana de 30 de Abril de 2008, disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/ciencia-saude/embrionarias-curam-337251.shtml> , acesso em 30/04/2008.

hesitação entre euforia e realismo: ora em engrandecimento às células embrionárias, muito embora, ressalte-se para o desconhecimento de seus resultados²³¹; ora em crítica à possíveis resultados desastrosos à saúde humana.

Apesar da Ação Direta de Inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal, interposta em Maio de 2005, que contestava a permissão da utilização das células-tronco embrionárias para pesquisas e terapias, a mesma foi rejeitada em 20 de Abril de 2007, conforme os argumentos apresentados pelo Ministro Relator, no sentido de apresentar o embrião congelado como um “algo” destituído de humanidade.²³²:

A postura da imprensa foi no sentido de convencer a população leiga de que tal medida propiciaria o desenvolvimento da medicina genética, e com isso, muitas pessoas poderiam ser beneficiadas. Na verdade, o que se objetivava, e agora com sucesso, é a abertura estatal para a instalação de laboratórios que possam vir a desenvolver estas atividades de pesquisa, apenas sujeitos ao controle da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança, de caráter puramente político.

²³¹ Mesmo em entrevista favorável à utilização das células embrionárias, por ser novidade a utilização destas células, a entrevistada Mayana Zatz, “uma das maiores especialistas em células-tronco do país”, afirmou que “com células embrionárias quase não temos resultados. Acho que nem sequer temos estudos publicados”, na Revista Veja, da semana de 05 de Março de 2008, disponível em: <http://veja.abril.com.br/050308/entrevista.shtml>, acesso em 07/03/2008. A afirmação faz pensar: Como se afirma, de forma tão veemente, em diversas notícias, e por diversos cientistas, serem tão eficazes as células-tronco embrionárias, se nem os dados a respeito deste índices de sucesso se tem?

²³² “Convém repetir, com ligeiro acréscimo de idéias. O embrião viável (viável para reprodução humana, lógico), desde que obtido por manipulação humana e depois aprisionado in vitro, empaca nos primeiros degraus do que seria sua evolução genética. Isto por se achar impossibilitado de experimentar as metamorfoses de hominização que adviriam de sua eventual nidação. [...] No materno e criativo aconchego do útero, o processo reprodutivo é da espécie evolutiva ou de progressivo fazimento de uma nova pessoa humana; ao passo que, lá, na gélida solidão do confinamento in vitro, o que se tem é um quadro geneticamente contido do embrião, ou, pior ainda, um processo que tende a ser estacionário-degenerativo, se considerada uma das possibilidades biológicas com que a própria lei trabalhou: o risco da gradativa perda da capacidade reprodutiva e quicá da totipotência do embrião que ultrapassa um certo período de congelamento (congelamento que se faz entre três e cinco dias da fecundação). Onde, em boa medida, as seguintes declarações dos doutores Ricardo Ribeiro dos Santos e Patrícia Helena Lucas Pranke, respectivamente (fls. 963 e 929): “A técnica do congelamento degrada os embriões, diminui a viabilidade desses embriões para o implante; para dar um ser vivo completo (...). A viabilidade de embriões congelados há mais de três anos é muito baixa. Praticamente nula”; “Teoricamente, podemos dizer que, em alguns casos, como na categoria D, o próprio congelamento acaba por destruir o embrião, do ponto de vista da viabilidade de ele se transformar em embrião. Para pesquisa, as células estão vivas; então, para pesquisa, esses embriões são viáveis, mas não para a fecundação”. Afirme-se, pois, e de uma vez por todas, que o que a Lei de Biossegurança autoriza é um procedimento externa-corporis: pinçar de embrião ou embriões humanos [...] que poderiam experimentar com o tempo [...] a sua relativa descaracterização como tecido totipotente e daí para o descarte puro e simples como dejetos clínicos ou hospitalares”. [Números 36-37].

Consultado em: <http://www.providaanapolis.org.br/embrviav.htm> , acesso em 28/03/2009.

Permanecem as indagações: Será que a destinação dos embriões à pesquisa científica, seria a única e plausível solução? A adoção de embriões poderia ser uma prática incentivada no Brasil, a exemplo do que já ocorre em outros países, como se viu. Evidente que, na hipótese da adoção embrionária, outros problemas de ordem social, moral e religiosa iriam surgir, como por exemplo, o relacionado ao imenso contingente de crianças postas em adoção e que não conseguem ter uma família, vivendo toda a sua infância e juventude, em abrigos. Não se está a propor a solução de um problema para a criação ou aumento de outro. O que se imagina é que outros poderiam ser os destinos dados aos embriões humanos, e por serem humanos, dotados, portanto, de humanidade.

E ainda, será que a cura para todos os possíveis males que humanidade sofre, estão na utilização das células-tronco retiradas dos embriões crioarmazenados²³³? Parece que a movimentação pró experimentação humana a partir das células-tronco embrionárias, tem também outras finalidades, possivelmente relacionadas à motivações financeiras, que mobilizam a atuação de diversas clínicas de fertilização em todo o mundo²³⁴.

²³³Em recente notícia, verificou-se que, de fato, alguns cientistas americanos e japoneses reprogramaram as “células da pele, cujo resultado implicaria numa nova fonte celular sem risco de rejeição. O método de reprogramação da pele humana em células de um embrião foi desenvolvido inicialmente em 2007”, e evitaria que tivessem que ser utilizadas as embrionárias, para melhores resultados. Para a notícia em teor integral: <http://noticias.terra.com.br/ciencia/interna/0,,OI3607411-EI238,00.html> . Acesso em 28/03/2009. Neste mesmo sentido, em prática semelhante, a partir de reprogramação do DNA, foram criadas células-tronco, já que, “a interferência genética por meio de vetores virais faz uma espécie de reprogramação na célula. Com isso, ela deixa de ser uma célula de rim e passa a ter as características de uma célula pluripotente”. Em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u494430.shtml> , acesso em 11/03/2009. E ainda, outra notícia relacionada a esta via alternativa para o alcance de resultados satisfatórios, sem recurso à utilização de células-tronco embrionárias, noticiou-se que uma menina britânica de dois anos, que nasceu cega, voltou a enxergar, graças ao um tratamento que “utiliza células-tronco retiradas do cordão umbilical da criança e injetadas na corrente sanguínea e corrigem as células danificadas. Após o tratamento, Dakota Clarke conseguiu ver contornos e cores dos objetos e distinguir luzes à sua volta. O método, conhecido como IV, foi desenvolvido pela empresa americana de biotecnologia Beike Biotech, que realiza tratamentos em 24 hospitais na China”. Críticas tem sido feitas, em razão de tal técnica ser experimental ainda. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/bbc/ult272u529959.shtml> . Acesso em 11/03/2009.

²³⁴A primeira agência de adoção de embriões, nos Estados Unidos, no Estado da Califórnia, a Nightligh Christian Adoption” tem difundido o “Programa de Adoção de Embriões Congelados Snowflakes”. Estes embriões são denominados de *snowflakes* (flocos de neve), e de 1999 até Maio de 2008, 168 crianças já nasceram em famílias adotivas. A maioria das crianças nascidas a partir da iniciativa deste Programa, desenvolveu-se a partir de embriões crioarmazenados há mais de três anos. Para acesso ao conteúdo do referido Programa: <http://www.nightlight.org/snowflakeadoption.htm> . Acesso em 28/03/2009.

E por serem, estas questões, realmente controvertidas, passa-se em seguida, ao exame de outra polêmica prática, advinda do incremento das técnicas de reprodução medicamente assistida: a maternidade de substituição.

4.3.3..A maternidade de substituição

Diversas são as causas que fazem com que os casais procurem os centros de reprodução humana assistida. Foi-se à época em que se atribuía, apenas à mulher, a responsabilidade, quase sempre associada à noção de castigo, a impossibilidade de engravidar.

Somente a partir da invenção do microscópio, é que se pôde, a partir da análise de uma amostra de espermatozoides, verificar que, em muitos dos casos, a causa que fazia com que o casal não tivesse filhos, pela não-concretização da gravidez, advinha de problemas masculinos; e não, exclusivamente, femininos. Inclusive atualmente já se constatou, através de recentes estudos, que a fertilidade do homem também é afetada com o passar dos tempos.

Estudos da Conferência Européia de Fertilidade, na Espanha, demonstraram que, assim como as mulheres, os homens também perdem em fertilidade, na medida em que vão ficando mais velhos: “Os pesquisadores analisaram cerca de 12 mil casais em tratamento para infertilidade e observaram que a qualidade do sêmen começa a deteriorar a partir dos 35 anos e cai de maneira significativa após os 40 anos de idade. Segundo o estudo, a índice de gravidez por ciclo de tratamento cai de 13,6% entre os casais com homens na faixa etária do início dos 30, para 9,3% entre aqueles com mais de 45 anos²³⁵”. Embora não tenham sido detectadas as causas que provocam este decréscimo nas taxas de fertilidade masculinas, é

²³⁵Conforme matéria veiculada sob o título “Relógio biológico também afeta fertilidade dos homens, diz estudo: “O estudo indica que a idade da mãe teve um impacto no caso de mulheres acima dos 35 anos. As mulheres dessa faixa etária tinham mais chances de ter um aborto e também menor taxa de concepção. No entanto, os cientistas observaram ainda que, quando o pai estava na faixa etária de mais de 30 anos, os abortos eram mais comuns do que entre os casais com homens mais novos. De acordo com a pesquisa, se o homem tivesse mais de 40 anos, as chances de a mulher engravidar eram ainda menores. No caso desses casais, cerca de 27% das gestações acabavam em aborto e apenas 10% dos tratamentos resultavam em gravidez”. Conforme texto em: http://www.estadao.com.br/vidae/not_vid201556,0.htm . Em: 27/02/2009.

possível que esteja associado à baixa qualidade do DNA contido no esperma dos mais velhos.

Há casos, entretanto, em que as circunstâncias fisiológicas da mulher e/ou do homem, não recomendam que seja empregada qualquer técnica para a obtenção de gravidez, via procriação assistida. Fatores como a idade avançada desta mulher, “as contraindicações da gravidez em geral, a fraca qualidade do sémen do marido, a inacessibilidade dos óvulos quando seja cirurgicamente impossível remover tal obstáculo e a ausência de um normal funcionamento dos ovários ou do útero²³⁶”.

Nas mais diversas hipóteses, algumas soluções podem ser tomadas, de modo a resolver este desejo de ter um filho, com o auxílio das técnicas de procriação assistida. Se o casal possui seus gametas em perfeita ordem, e apenas não engravida pela via natural, em razão da pouca mobilidade dos espermatozóides, por exemplo, a equipe médica poderá recorrer à fertilização *in vitro* (FIV), para proceder à união destas células.

Se, entretanto, na amostra de esperma não há espermatozóides vivos, o casal será aconselhado a recorrer à doação de espermatozóides, concretizando-se a reprodução heteróloga, com todas as suas repercussões e particularidades. Pode ocorrer ainda, que em função de algum outro distúrbio, seja a mulher quem precise recorrer à doação, desta vez, de óvulos. Os óvulos, devidamente fecundados, seja pelos gametas do marido ou companheiro, ou de um doador, poderão ser implantados no útero desta mulher.

Decorre que, há casos em que esta mulher não pode, por algum outro distúrbio, gerar. Nestas hipóteses, poderá, este casal, recorrer à maternidade de substituição²³⁷.

Salvo em alguns poucos lugares do mundo, em que esta prática possui finalidade comercial; no Brasil é proibida a locação de útero, muito embora, ocorra, pela via ilícita. O Conselho Federal de Medicina, através da Resolução nº 1358/92, determinou que a prática da maternidade em substituição somente poderá ocorrer

²³⁶DIAS, João Álvaro. Procriação Assistida e Responsabilidade Médica, p.64-65

²³⁷Sobre a maternidade de substituição, salienta o autor que, tal prática não foi contribuição advinda do desenvolvimento das técnicas de reprodução humana assistida; uma vez que caracterizou-se como uma prática “ancestral”; muito embora saliente para a maior utilização desta prática em função do advento de tais técnicas: “Hoje, a técnica de fecundação “*in vitro*” pode fazer de uma mãe natural, uma simples mãe de substituição, capaz de emprestar seu útero, sem nenhuma ligação genética com o embrião”. LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito*. p, 184.

se a mãe substituta for parente até o segundo grau, sendo que para os demais casos, o Conselho Regional de Medicina terá que analisar para autorizar.

Recentemente, tem-se verificado a propagação da locação de útero, inclusive na internet, onde, em posturas desafiadoras, as candidatas oferecem-se solenemente ao cargo de mãe de empréstimo²³⁸. Extra-oficialmente, em entrevistas feitas com câmeras escondidas, a imprensa brasileira tem flagrado mulheres, casais, e até mesmo casais junto com seus filhos, em mesas de negociação, onde o objeto da relação comercial é o aluguel do corpo humano²³⁹. Algumas delas inclusive, para facilitar o procedimento (e também, para barateá-lo), oferecem-se para a relação sexual, evitando-se assim que o casal interessado tenha que recorrer a uma clínica de reprodução assistida para a implantação do embrião. Os valores variam entre Setenta Mil e Duzentos Mil Reais (R\$ 70.000,00 e 200.000,00)²⁴⁰.

Na Inglaterra, a prática de maternidade de substituição com a finalidade comercial, é proibida, havendo, inclusive uma previsão normativa²⁴¹ punindo expressamente quem participar, de alguma forma, da negociação para o aluguel de

²³⁸ Conforme vídeo assistido em 25/03/2009.

Em: <http://terratv.terra.com.br/templates/channelContents.aspx?channel=2481&contentid=226956>
Também no artigo "Internet é território livre para comércio de barrigas de aluguel", registra-se que, "nos diálogos virtuais, os anúncios prometem sigilo absoluto e oferecem facilidades como o parcelamento do aluguel da barriga em até três vezes: a primeira parcela na confirmação da gravidez, a segunda no quinto mês de gestação, quando normalmente a contratada mostra ultrassonografias do bebê, e a última na entrega do neném. Há candidatas a mães de aluguel que aceitam até ter relações sexuais para engravidar de pessoas estranhas, sem ter que recorrer a clínicas de fertilização". Inclusive uma das candidatas, anuncia: "Tenho boa saúde, sou morena e aceito qualquer tipo de fertilização, até natural, desde que o homem seja saudável. Só gostaria de conseguir R\$ 50 mil para comprar minha casa". Acesso em 25/03/2009. Disponível no endereço eletrônico: http://odia.terra.com.br/portal/rio/html/2009/3/internet_e_territorio_livre_para_comercio_de_barrigas_d_e_aluguel_1589.html

²³⁹ Também em vídeo, verifica-se que a coisificação do corpo e da vida humana, acontecem pelos motivos mais fúteis, como a compra de uma casa, a melhora da condição de vida. Disponível em <http://terratv.terra.com.br/templates/channelContents.aspx?channel=2481&contentid=226825>.

²⁴⁰ Até mesmo os homens aderiram à prática comercial, e no caso narrado, o candidato a doador de esperma *in natura*, era o marido de uma das candidatas à locação de útero: "O ex-técnico em telefonia A., 40 anos, não quer mais saber de carteira assinada depois que descobriu o pote de ouro em torno dos contratos de gestação. Com o consentimento da mulher, P., que na reportagem de ontem aparece oferecendo o útero por R\$ 120 mil, ele anuncia-se como 'Reprodutor' nos sites. "Sou casado, tenho três filhos lindos, sou bom pai e minha genética é muito forte. Faço filho no vento e garanto sigilo absoluto", gaba-se. Para ter relações sexuais com mulheres cujos maridos são estéreis, A. cobra R\$ 10 mil. O pagamento é feito em duas parcelas: a primeira na fecundação e outra quando o exame de gravidez der positivo. "Já levei alguns canos, mas mesmo assim vale a pena. Vou continuar ganhando dinheiro espalhando filhos por aí", confidencia ele, que garante já ter inseminado 10 mulheres". Em 28/03/2009.

http://odia.terra.com.br/portal/rio/html/2009/3/lucros_no_rastro_da_infertilidade_de_casais_1710.html

²⁴¹ Trata-se do *Surrogacy Arrangements Act*, de 1985.

ventre; criminalizando a mulher hospedeira e/ou o casal que deseja ter o filho, apenas nos casos em que tenham violado as proibições tendo feito anúncios para a oferta destes “serviços”, ou mesmo tenha-se dado publicidade ao feito. O que se pretendeu, na verdade, foi desenconrajar tais práticas.

Além de proibir a o comércio com a vida humana ou mesmo as disposições que impliquem em renúncia à integridade física, os tribunais britânicos já afirmaram tais posicionamentos nos casos *A.v.C.*, e *Re P. (Minors) v. Wardships Surrogacy*, casos nos quais “a mãe gestacional (*surrogate mother*) quebrou o compromisso de entregar a criança, após o nascimento, a outrem (*comissioning couple*) e em ambos os casos a decisão judicial legitimou tal recusa²⁴²”.

São inúmeros os problemas, das mais diversas ordens de interesses, que advém da prática de maternidade de substituição, como por exemplo, o caso francês²⁴³, da mãe que não poderia gerar sua filha, e que, por este motivo, pediu a sua irmã que o fizesse.

Decorre que, quando nascida a criança, as irmãs passaram a viver uma conflituosa relação de ciúmes e sentimento de maternidade, misturados em a um turbilhão de novas situações não imaginadas, tendo afastado as irmãs, para preservar-se a integridade emocional da criança.

As situações oriundas do “aluguel” ou mesmo do “empréstimo” de útero, são mesmo de difícil resolução. A análise casuística pormenorizada, deve ser feita, sob pena de estar sendo cometida uma grande injustiça com qualquer das partes envolvidas. A ganância pelo dinheiro fácil, que advém das práticas ilícitas de locação de útero, sobrepõe-se ao respeito à dignidade da pessoa humana, desestabilizando emocionalmente, a todos.

Na Índia, é possível alugar a barriga de uma mulher, aliás, este é um ramo de negócios em expansão. A “terceirização reprodutiva²⁴⁴” está bem organizada no

²⁴²DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p.88.

²⁴³Trata-se do caso citado por João Álvaro Dias, das irmãs Magali e Christine Sevaut. DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p.91.

²⁴⁴É este o termo utilizado para designar este novo ramo de “negócios”, em que se gasta “em torno de US\$ 25.000 (R\$ 50.000), aproximadamente um terço do preço nos EUA. Isso inclui os procedimentos médicos, o pagamento à mãe de aluguel, que é freqüentemente feito através da clínica; bilhetes aéreos e hotéis para duas viagens à Índia (uma para a fertilização e a segunda para pegar o bebê)”. Ademais, em entrevista, “Rudy Rupak, co-fundador e presidente da agência de turismo médico PlanetHospital, com sede na Califórnia, disse que esperava enviar ao menos 100 casais para a Índia neste ano; foram 25 em 2007, primeiro ano em que ofereceu o serviço”. Conforme dados

país, onde as candidatas são oferecidas à preços relativamente baixos, e num contexto onde não há previsão legal punitiva.

A Espanha proíbe a utilização de úteros de substituição, considerando nulos mesmo os contratos gratuitos, por serem a maternidade e a filiação, inalienáveis e imensuráveis economicamente. Mas, como em qualquer sociedade, as práticas ilícitas existem, e a questão a que ora se propõe a análise complica-se, na medida em que o ordenamento passa a não ter respostas pré-determinadas para a situação daquelas crianças oriundas de tais práticas.

Em Portugal, como expõem o autor em comento, O Projeto sobre Utilização de Técnicas de Procriação Assistida, “proíbe terminantemente o recurso à maternidade de substituição, quer a mãe substituta contribua ou não com os seus óvulos²⁴⁵”, estabelecendo-se a nulidade dos contratos que versam sobre a questão. Ademais, o Código Civil Português²⁴⁶, em seu artigo 1796, nº 1, estabelece que a mãe é aquela que gera e tem parto.

Na Grã-Bretanha, existem cerca de cento e vinte e oito “mães de aluguel” cadastradas na organização Cots, fundada pela primeira mãe de aluguel da Grã-Bretanha, Kim Cotton²⁴⁷”, entretanto, parece que a prática não fica tão associada ao caráter comercial, uma vez que o valor cobrado justifica-se em função das despesas necessárias à gravidez, como exames médicos, por exemplo. Embora haja esta descaracterização mais eufêmica, ainda assim, o caráter econômico, transparece.

De fato, são diversos, como se viu, os efeitos problemáticos que podem advir do emprego das técnicas de procriação assistida. Polêmica e complexa é também a

apresentados em <http://noticias.uol.com.br/midiaglobal/nytimes/2008/03/12/ult574u8279.jhtm> , acesso em 28/03/2009.

²⁴⁵DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p.94.

²⁴⁶“Artigo 1796º(Estabelecimento da filiação)1. Relativamente à mãe, a filiação resulta do facto do nascimento e estabelece-se nos termos dos artigos 1803º a 1825º. 2. A paternidade presume-se em relação ao marido da mãe e, nos casos de filiação fora do casamento, estabelece-se pelo reconhecimento. (Redacção do Dec.-Lei 496/77, de 25-11)”. Disponível em : <http://www.stj.pt/nsrepo/geral/cptlp/Portugal/CodigoCivil.pdf> . Acesso em 04/02/2009.

²⁴⁷Conforme a notícia veiculada sob o título de “Britânica poderá ser mãe de aluguel pela 8ª vez”, relata-se que Jill Hawkins já engravidou sete vezes, nenhuma das vezes, de filhos seus. Atesta-se que “a família se diz preocupada com o impacto das gestações na saúde mental de Hawkins”, por ter sido diagnosticado um quadro de depressão que coincide com as práticas de aluguel de útero. No caso dela, caso opte pela oitava gravidez, será cobrada a taxa de 12 mil libras (R\$42 mil), quando do nascimento da criança, para dar suporte às despesas feitas durante a gravidez. Acesso em : http://www.estadao.com.br/geral/not_ger112557,0.htm no dia 27/02/2009.

responsabilização do médico advinda de tais práticas. A lacuna legislativa, deixa ao acaso do prudente arbítrio do magistrado, a resolução daqueles casos que chegam ao Judiciário, sem falar nos diversos casos que nem lá chegam, em função desta ausência de regulamentação específica.

Parte-se, desta feita, ao foco temático central deste estudo, a Responsabilidade Civil do Médico nos procedimentos de reprodução assistida. A responsabilização é a oriunda daqueles procedimentos em que, pelas mais diversas razões, no atuar médico, provocou-se dano à esfera individual do paciente, ou das pessoas envolvidas na relação médico-paciente. Para compreender as particularidades da responsabilidade na procriação assistida, é mister partir da noção geral de Responsabilidade Civil.

5.Da Responsabilidade Civil

5.1.Compreensão do Instituto

5.1.1.Noções acerca da evolução da responsabilização nas civilizações

Antes mesmo de se passar à análise do instituto da Responsabilidade Civil, e de seus elementos característicos, mister se faz compreender a terminologia do tema a que ora se propõe.

Assim, De Plácido e Silva²⁴⁸, afirma que o vocábulo em questão é originário “de responsável, de responder, do latim *respondere*”, e que, “em sentido geral, pois, responsabilidade exprime a obrigação de responder por alguma coisa”, tendo, portanto, significado de “obrigação de satisfazer ou executar o ato jurídico, que se tenham convencionado(...)”. O sentido amplo da palavra, remete à idéia de satisfação de dever jurídico.

Conseqüentemente, depreende-se, da conceituação referida, a idéia do surgimento de uma “obrigação derivada²⁴⁹”, de um dever jurídico, com se disse, como reflexo de um fato jurídico.

²⁴⁸SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*.v.4.p.124.

²⁴⁹GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil*.p.2.

Salientando para a dificuldade de delimitação, José de Aguiar Dias, parte da origem latina da palavra, *spondeo*²⁵⁰, dos contratos verbais romanos e que ligava credor e devedor. Em todos os domínios da vida social, a palavra responsabilidade remete a noção de daquele que reponde pelos seus atos, ou seja, da a idéia de contraprestação proveniente da obrigação.

A obrigação surge na medida em que alguém infringe uma norma imposta em um dado ordenamento jurídico, e por via de conseqüência, obriga-se a reparar o resultado lesivo provocado, através da imposição do *quantum* indenizatório. Percebe-se que a idéia de responsabilidade civil remete, necessariamente, a de prejuízo.

A opção pelo estudo da responsabilidade, enquanto instituto de Direito Civil, justifica-se, não apenas, pela voluntariedade da escolha do tema e pela natural afinidade como este foco de pesquisa; mas, sobretudo, para não abranger sobremaneira, um tema tão vasto pela própria natureza das relações a que remete; especialmente nas práticas de reprodução humana assistida.

Entretanto, a responsabilidade, na seara jurídica, pode também ser penal, e nestas hipóteses, o campo de abrangência de estudo é tão vasto ou maior, quanto o da responsabilização civil. São áreas diferentes, embora complementares, e sem demérito algum à responsabilização penal, optou-se pela análise, tão somente, da civil, em função da delimitação da área de pesquisa.

Limitar-se-á, este estudo, apenas, à diferença conceitual entre os campos civil e penal, enquanto áreas em que incide o reflexo jurídico do instituto da responsabilidade. Assim, pode-se partir da idéia de que a norma penal imposta através dos seus instrumentos legais, possui ação repressora; portanto, se houver infração a determinada norma pré-existente²⁵¹, haverá um sanção ao comportamento do ofensor.

O foco, na responsabilização penal, não está no dano provocado ao particular, muito embora ele tenha ocorrido; mas sim, na conduta delitiva, na prática contrária à previsão legal e por está razão, merecedora de penalização. Nesta seara, a busca pela culpabilização do agente é imprescindível para o deslinde do

²⁵⁰DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, p.08.

²⁵¹Em respeito ao princípio da legalidade, que rege o Direito Penal, onde não há aplicação de pena sem prévia determinação legal que tenha tipificado determinada conduta, como passível de penalização (*nulla poena sine lege*).

caso concreto. Assim, e para elucidar delimitando o instituto, na ótica penal, ensina José de Aguiar Dias²⁵² que, “a responsabilidade penal consiste na declaração, pronunciada pelo órgão jurisdicional estatal, de que em determinado indivíduo se verificam, em concreto, as condições de imputabilidade pela lei genericamente requerida, e de que ele, se imputável, é obrigado efetivamente a sofrer as consequências de um fato, como seu autor”.

Na responsabilização civil, em contrapartida, a grande preocupação, especialmente na visão contemporânea, é com o dano provocado à vítima, e mais ainda, é com a melhor forma de reparar ou até de compensar o prejuízo vivenciado pelo particular²⁵³.

A busca pela reparação não é objetivada na responsabilização penal, onde se almeja o equilíbrio social vivenciado anteriormente, o que somente ocorre quando é aplicada uma sanção penal ao infrator. De fato, na seara civil, também se busca o equilíbrio, mas através da satisfação, da recomposição do dano provocado.

A idéia de responsabilidade civil parte do conteúdo da própria terminologia, pois “responsabilidade” origina-se do latim *respondere*, que encerra a idéia de segurança ou garantia de restituição ou compensação do bem sacrificado²⁵⁴; consagrando-se, como se aduz, que na eventualidade de a vítima ter sofrido um dano, pela responsabilização, ela será compensada. Importante é frisar que, a idéia de responsabilidade civil vem do preceito fundamental do *neminem laedere*, princípio pelo qual, ninguém pode ser prejudicado a partir de conduta alheia.

A responsabilidade civil diferencia-se, basicamente, da penal, em função da natureza dos interesses protegidos. Na responsabilidade penal, o agente ocasionou dano por ter infringido alguma norma de direito público, e que, portanto, interesse à sociedade. Já na responsabilidade civil, o interesse lesionado é de caráter privado, é

²⁵²DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, p.10.

²⁵³Neste sentido, Clayton Reis afirma: “A indenização assume, assim, uma importante função social e, portanto, extrapola a pretensão meramente punitiva e satisfativa existente sob a ótica individual. Daí porque o aspecto punitivo não atende à ampla finalidade que deve prevalecer no processo indenizatório porque ausentes, segundo nosso ponto de vista, os componentes que são integrantes do complexo processo de restituir ao lesado a situação anterior ao evento lesivo”. REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*, p. 13.

²⁵⁴GONÇALVES, Carlos Roberto *Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*, p.23.

do particular; que deverá ingressar com o seu pedido de reparação, para ver ressarcido o dano sofrido²⁵⁵.

Em que pese a necessária conexão a que remete o estudo da responsabilidade civil, à penal, optou-se por delimitar a análise, à fundação doutrinária civilista, como se disse anteriormente; e por esta razão, para que se possa compreender as particularidades deste instituto, é mister que se faça uma breve abordagem do desenvolvimento da responsabilidade civil.

A mudança de paradigmas vivenciada neste ramo do Direito, deve-se às velozes e inusitadas mudanças vividas pela sociedade contemporânea. A vida moderna, trouxe inúmeros benefícios, frutos dos avanços nas diversas áreas do desenvolvimento humano. Apesar disso, ocasionou também, uma série de situações infelizes, de infortúnios nunca dantes imaginados, e que agora se apresentam na ordem social a espera da melhor resolução, na busca incessante pela justiça.

As normas de direito, por óbvio, não conseguiram acompanhar este progresso tecnológico, industrial e até mesmo, social. As razões deste descompasso remetem, num primeiro momento, à surpresa ocasionada pelas novas situações e a real dificuldade de adequação do texto à nova ordem; mas também, não se pode utilizar este obstáculo, como justificativa pela acomodação legislativa e judiciária.

Houve, também, e em alguns casos, uma proposital falta de vontade de enfrentamento de diversas questões contemporâneas, as quais ficam à margem do direito, buscando interpretações analógicas, as mais justas possíveis. As previsões legais mais “corajosas” foram aquelas que conseguiram, através de previsões mais gerais, promover a segurança jurídica; muito embora esta postura tenha gerado bastante celeuma doutrinário e jurisprudencial, justamente pelo “medo” que as cláusulas gerais provocam, para alguns pensadores, juristas, profissionais do Direito.

Neste sentido é posição de Gaston Morin²⁵⁶, citado na obra de José de Aguiar Dias, ao afirmar a real necessidade da “inserção, na lei, não somente de conceitos renovados, mas de normas suficientemente maleáveis para permitir ao Poder Judiciário larga autonomia para agir, obedecendo a essa *moldura*, mas individualizando as disposições legais, conforme a necessidade do momento”.

²⁵⁵DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, p.15.

²⁵⁶MORIN, Gaston. *La loi et le contrat – La décadence de leur souveraineté*, Paris, 1927, p.44. *apud* DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, p.17.

No que tange à denominação e ao conteúdo da responsabilidade civil, convém anotar, preliminarmente, que a doutrina e a jurisprudência têm observado a ampliação da dimensão do instituto, já não mais contido, unicamente, na idéia primitiva de culpa; e muito mais direcionado à análise do prejuízo, para a integral reparação do dano ou a mais satisfatória possível²⁵⁷, como se disse.

A responsabilidade civil evolui com a própria evolução do Direito, como afirmara José de Aguiar Dias²⁵⁸, entretanto, alguns princípios norteadores, permaneceram inalterados, por serem essenciais “os que ordenam a boa-fé, a fidelidade e a lealdade dos negócios jurídicos (...)”, e, além disso, também imutáveis são “(...)os que proíbem o dolo, a fraude e a torpeza”. É neste prumo que será feita esta breve abordagem acerca da evolução da responsabilização civil ao longo das civilizações, com enfoque nas noções acerca da culpa.

Em breve retrospectiva histórica, aponta-se para os primórdios das civilizações, onde a vingança privada é que tinha que ser capaz de resolver todos os casos em que alguém, por sua conduta ofensiva, causasse prejuízo a outro.

Thomas Hobbes²⁵⁹, compreendia, em seus estudos, que o Estado e a sociedade originam-se de um contrato. Antes da celebração deste contrato, os homens viviam naturalmente, entretanto, sem poder, nem tampouco organização. Tais noções somente teriam surgido depois de firmado o referido pacto (contrato), o qual deveria estabelecer as regras de convívio social e subordinação política.

O direito de natureza hobbesiano é a liberdade de cada um em poder usar o seu próprio poder, para a manutenção da sua natureza, da sua vida. Neste estágio, o homem se imagina poderoso, perseguido e traído, por isso a importância de um estado de natureza, em Hobbes, como condição obrigatória à guerra.

O que o indivíduo estaria interessado em proteger neste estado, não seriam, necessariamente, os seus bens, mas a sua honra. Não haveria nada, pois, que todos os homens já não tivessem no estado de natureza, e por esta razão é que não se imagina que um homem deva renunciar o seu direito em detrimento do outro.

O papel do Estado seria o de forçar os homens ao respeito da ordem e dos direitos alheios, entretanto, para isto, teria que ser um Estado pleno, e esta seria a

²⁵⁷ REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. p. 12-19.

²⁵⁸ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, p.24.

²⁵⁹ CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As Grandes Obras Políticas de Maquiavel a nossos dias*, p.65-83.

condição para existência de uma sociedade, logo, a sociedade nasceria com o ele. O poder do Estado teria, portanto, que ser dado a um homem, ou a uma assembléia de homens que pudessem exprimir as diversas vontades em uma só vontade, garantido assim, a segurança em sociedade.

Assim, e, em função do necessário nascimento do Estado, já nas suas primeiras formas, a sociedade buscava a positivação do Direito, a exemplo da Lei das XII Tábuas, do Código de Hamurabi. A previsão casuística estipulava a “Lei de Talião”, pela qual, na ocorrência de dano, o prejudicado poderia buscar a sua satisfação, pelo revide, ou seja, ele poderia agir da mesma forma, causando ao ofensor, o mesmo tipo de prejuízo que lhe causara²⁶⁰.

Nos primórdios, a figura da culpa, tão consagrada pela teoria clássica, inexistia; até mesmo porque, o Direito estava ainda em fase de nascimento. Bastava a ofensa a interesse próprio, para que a vítima do dano reagisse, da forma mais imediata possível, no intuito de buscar a reparação do mal sofrido, configurando-se a idéia de vingança privada.

Decorre que, por vezes, a reação não podia ser imediata, resultando na pena de talião, que consagrava a conhecida expressão de vingança: “olho por olho, dente por dente”²⁶¹. Assim, para se sentir satisfeito, tendo em vista o dano sofrido, a vítima deveria provocar no agente, o mesmo sentimento, a mesma dor e mesmo dano, que teria sido acarretado.

Com a evolução do Direito, a busca pela composição foi ganhando espaço, mas ainda, a reparação tinha caráter de pena, a exemplo da Lei das XII Tábuas, referida. A idéia de indenização surgiu a partir do momento que o Estado assumiu o controle da tarefa de punir, anteriormente delegada aos particulares para que resolvessem seus conflitos, pela vingança privada.

Assim, a vítima estabelecia, através da composição econômica, o que considerava justo para a reposição do dano sofrido, embora ainda não se cogitasse da verificação da culpa. Entretanto, as noções de pena e reparação ainda estavam

²⁶⁰ Assevera o autor que “A idéia de punição se encontra inserida nos Códigos de Hamurabi, Manu e Lei das XII Tábuas, cujos povos edificaram normas contendo fortes componentes de natureza nitidamente penal, com a finalidade de constranger a prática dos atos ilícitos. Pelo que observamos nas disposições desses Códigos, não havia na concepção dos povos primitivos, idéia mais segura e capaz de refrear os instintos anti-sociais, do que aquela existente no rigorismo das normas punitivas”. REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. p. 9.

²⁶¹ GONÇALVES, Carlos Roberto *Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*, p.6.

muito conexas, sendo esclarecida, apenas, pelos romanos, “com a distinção entre delitos públicos (ofensas mais graves, de caráter perturbador da ordem) e delitos privados²⁶²”, cabendo ao Estado, a função de punir, fazendo surgir a idéia de uma ação de indenização.

O surgimento da Lei Aquilia²⁶³ determinou o princípio geral para a reparação do dano e a partir de interpretações jurisprudenciais, esta previsão foi ficando mais estendida, de modo a não prejudicar a vítima do dano, que a princípio, pelo rigor do texto, poderia não encontrar o respaldo necessário. A *Lex Aquilia*, como ficou conhecida, fez surgir a idéia de um princípio capaz de regular a reparação do dano, esboçando-se, a partir de então, a noção de culpa, como elemento componente para a idéia de responsabilização civil.

A proposta conceitual e a respectiva abrangência do instituto da Responsabilidade Civil, mudaram, ao longo dos tempos, como se viu. Especial destaque merece a legislação francesa, pela formação de seu corpo jurídico que muito contribui para a formatação do Direito moderno. Com a evolução do Direito Francês, a reparação passou a estar presente “independente da gravidade da culpa do responsável²⁶⁴”.

Domat e Pothier antecederam, com inspiração intelectual, ao Código Civil Francês, que abordou a responsabilidade civil sob os aspectos da inexecução dos contratos e das obrigações que estavam estabelecidas extracontratualmente. Para a responsabilização estabelecida sem convenção, não houve divergência, no que concerne à culpa como elemento essencial, para estabelecer a responsabilidade civil ao autor do dano²⁶⁵.

Foi, entretanto, no Direito Francês, que se deu a consagração dos princípios norteadores da responsabilidade civil, partindo-se de algumas noções básicas como a do “direito a reparação sempre que houvesse culpa, ainda que leve, separando-se

²⁶²GONÇALVES, Carlos Roberto *Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*, p.7.

²⁶³“O conteúdo da Lei Aquilia se distribuía por três capítulos. O primeiro tratava da morte dos escravos ou animais, das espécies dos que pastam em rebanhos. O segundo regulava a quitação por parte do *adstipulator* com prejuízo do credor estipulante. (...). O terceiro e último capítulo da Lei Aquilia ocupava-se do *damnum injria datum*, que tinha alcance mais amplo, compreendendo as lesões a escravos ou animais e destruição ou deterioração de coisas incorpóreas (...)”.DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, p.28.

²⁶⁴*Idem, Ibidem*, p.30.

²⁶⁵DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, p.30-32.

responsabilidade civil (perante a vítima) de responsabilidade penal (perante o Estado); a existência de uma culpa contratual (a das pessoas que descumprem as obrigações) e que não se liga nem a crime nem a delito, mas se origina da negligência ou da imprudência²⁶⁶. Consagrou-se, a partir do princípio aquiliano “*in lege Aquilia et levíssima culpa venit*”, a necessidade de ressarcir o dano causado, ainda que a culpa tenha sido levíssima.

Mas foi em 1804, que adveio a grande contribuição francesa para o Direito e que inspirou a legislação muitos países ao redor do mundo. O Código de Napoleão determinou que a responsabilidade civil estava fundada na culpa.

A utilização da palavra *faute*²⁶⁷, e sua ambigüidade, no Direito Francês, fez surgir os mais acalorados debates acerca da culpa.

A teoria da culpa, da clássica contribuição francesa, passou a ser revista, inclusive pelos franceses, quando então passou-se a propor a teoria do risco, para as hipóteses em que a teoria clássica seja insuficiente para proteger a vítima, dadas as particularidades do caso concreto.

A idéia de culpa, *lato sensu*, compreendendo-se o dolo e a culpa, foi bastante aclamada, outrora, quando na *Lex Aquilia*, imaginou-se que a necessidade de comprovação da culpa, em casos de ocorrências danosas, iria tornar mais justas as decisões, que não mais estariam baseadas em critérios de vingança privada, ou mesmo de composição, baseada em interesses privados, unicamente.

Álvaro Dias cita Gaston Morin²⁶⁸ como precursor da teoria objetiva da responsabilidade civil, ao estabelecer que a culpabilidade não deve ser o foco principal, quando da análise do dano e da respectiva reparação, determinando que estes elementos devem ser auferidos a partir do “fato causador da lesão de um bem jurídico, a fim de se manterem incólumes a interesses em jogo, cujo desequilíbrio é manifesto, se ficarmos dentro dos estreitos limites de uma responsabilidade subjetiva”. A tônica central está na análise do prejuízo injusto provocado na esfera pessoal da vítima.

²⁶⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto *Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*, p.8.

²⁶⁷ Conforme ensina o autor, o palavra tem sentido objetivo e subjetivo. No primeiro, significa “infração à maneira de agir de um tipo-modelo determinado”, e no segundo sentido, remete à “censura moral imputável ao agente”. DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, p.59.

²⁶⁸ MORIN, Gaston. *La loi et le contrat – La décadence de leur souveraineté*, Paris, 1927, p. 87. *apud* DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, p.17.

A doutrina francesa teve o condão de introduzir as discussões acerca da teoria do risco, ou da responsabilização objetiva; especialmente nas figuras de Raymond Saleilles e Louis Josserand. Saleilles, elimina a noção de culpa, substituindo-na pela de causalidade. A palavra *faute*, para ele representa tão somente o “próprio fato causador do dano, sem indagação ao elemento psicológico do agente²⁶⁹”.

Na visão de José de Aguiar Dias²⁷⁰, o legislador francês deixou de fazer a distinção clara da noção de que o dano é elemento essencial para a conseqüente reparação. Sem dano não há necessidade reparatória. A questão remete à discussão doutrinária acerca da prescindibilidade do dano para caracterização da responsabilidade civil, geradora de dever reparatório.

No Direito Francês, a culpa, foi também fortemente combatida, por teóricos como Josserand e Saleilles, os quais deram início aos estudos acerca da teoria do risco, como fundamento da responsabilidade objetiva, para a responsabilização daqueles que, em função da natureza de suas atividades, pudessem ser responsabilizados sem a necessária verificação da culpa.

A teoria do risco por eles desenvolvida, transfere para aquele que tomou a iniciativa de agir de determinada forma, o suporte dos encargos dali advindos; já que quem age assume o risco de produzir o resultado, pelos perigos potenciais existentes na iniciativa, contra aqueles (vítimas) que não possuem meios de defesa eficazes.

Josserand partiu da idéia da evolução, para justificar o seu posicionamento, uma vez que, diante de tão bruscas e aceleradas modificações sociais, além dos avanços nas áreas do conhecimento, a fundamentação da responsabilidade civil no risco, é somente uma forma de proteger as pessoas da atividade alheia, ou seja, de garantir que os possíveis ofensores não saiam impunes, pela impotência das vítimas na busca da culpa para a caracterização da obrigatoriedade reparatória. Nesta toada, “no sistema de presunções legais, a jurisprudência alivia a vítima do oneroso encargo da prova e, às vezes, até o suprime²⁷¹”.

²⁶⁹DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, p.73.

²⁷⁰*Idem, Ibidem*, p.73-75.

²⁷¹DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, p.80.

Os irmãos Mazeaud²⁷², em crítica à teoria do risco apresentada pelos autores supra mencionados, salientam a insuficiência dos critérios adotados em substituição ao elemento da culpa; ademais, condena que todas os autores, em defesa da teoria objetiva, partem da premissa da negação da culpa. Por ser o homem o centro do direito, os Mazeaud temem que a ordem social venha a sofrer, pela adoção da teoria do risco, já que provavelmente vai provocar a inércia, a falta de iniciativa de todos, devido ao medo de, em gerando dano a partir desta ação, ter que indenizar sem a investigação da culpabilidade.

José de Aguiar Dias opina pela busca do equilíbrio, “onde impere a conciliação entre os direitos do homem e seus deveres para com os seus semelhantes²⁷³”, pois as posturas extremistas desviam-se deste ideal de interesse coletivo.

Enfrentou-se, quando da interpretação do Código Civil Francês, a dificuldade de compreensão do termo culpa, do francês *faute*. Diversos dispositivos traduziram, neste então, a preocupação com a caracterização da culpa, para fundamentar a reparabilidade na responsabilidade civil.

Prevvia-se que a reparação poderia ocorrer quando determinado ato tivesse sido praticado de forma contrária à lei posta, ou mesmo, contrário a outro mandamento da ordem social; e que a reparação, quando da ocorrência de lesão, teria que ser fixada a partir da análise da gravidade da culpa.

O entendimento da integralidade na reparação do dano, já possuía algumas manifestações positivas, contemplando-se a reparabilidade do dano material (patrimonial) e do extrapatrimonial também. Entretanto, o dano imaterial somente poderia ser indenizado se estivesse cumulado ao dano material, não sendo possível indenizá-lo nos casos em que tivesse ocorrido isoladamente²⁷⁴.

Este posicionamento foi revisto, após uma série de debates nas esferas doutrinária e jurisprudencial, tendo sido manifestado, concretamente, na Constituição Federal de 1988²⁷⁵, que reconheceu a integralidade incondicional do

²⁷²MAZEAUD, Henri y Leon; TUNC, André. *Tratado Teórico e Práctico de la Responsabilidad Civil delictual y contractual*. v.1.

²⁷³DIAS, José de Aguiar. *Idem*, p.92.

²⁷⁴REIS, Clayton. *Avaliação do Dano Moral*, p.4

²⁷⁵CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 1988 – Artigo 5º, X: “(...) São invioláveis a intimidade, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo

dano. Explica-se: o dano moral passou a ser considerado como passível de reparação, independente da ocorrência do dano material.

A seara doutrinária é caracterizada por estes debates, motivada, especialmente, pela necessidade elucidativa de estabelecer características particularizadas de cada instituto, de cada modalidade jurídica. Entretanto, parta-se, da lição de Miguel Reale, ao sugerir a distinção, sem a separação conceitual²⁷⁶. Neste sentido, passa-se, a seguir, a análise doutrinária dos tipos de responsabilização civil, entre a classificação contratual e extracontratual.

5.1.2. Compreensão de seus tipos: a responsabilidade civil contratual e extracontratual

Divide-se, a responsabilidade civil, em contratual e extracontratual. Na contratual, verificar-se-á se a obrigação é de meio ou de resultado. Na extracontratual (aquiliana), trata-se de responsabilização subjetiva ou objetiva.

Ademais, a distinção entre a culpa contratual e extracontratual, não foi caracterizada, no Código Civil de 2002. Na responsabilização extracontratual, deve-se verificar se o agente observou o dever negativo, de não prejudicar; enquanto que na culpa contratual, um exame do respeito ou não às cláusulas pactuadas é suficiente para determinar a responsabilização civil, quando da ocorrência de dano.

Para a ocorrência de responsabilização civil contratual, pressupõe-se a existência de um contrato válido²⁷⁷, e portanto, deve partir do pressuposto de capacidade das partes envolvidas, em pacto que verse sobre objeto lícito e possível, e que siga forma livre, consensual, ou obedeça forma prescrita em lei, se for o caso.

A responsabilidade contratual foi contemplada, no Código Civil de 2002, em seus artigos 389 e seguintes, 395 e seguintes, e no Código anterior, de 1916, estava

dano material ou moral decorrente de sua violação”.

²⁷⁶ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. p.41 Neste sentido, Reale: “A verdade, muitas vezes, consiste em distinguir as coisas, sem separá-las”.

²⁷⁷ O artigo 104, do Código Civil de 2002, estabelece: “A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei”.

regida pelos artigos 1056 e seguintes e 956 e seguintes. Já a responsabilidade extracontratual, encontra fundamentos, no Código atual, nos artigos 186 a 188 e 927 e seguintes; e no Código de 1916, nos artigos 159 e 1518 e seguintes.

Em sede doutrinária, utilizam-se os elementos diferenciadores da responsabilização civil contratual e extracontratual, como critérios classificatórios. Há, em regra, o entendimento de que, diferem, em função de três elementos: “a necessária preexistência de uma relação jurídica entre lesionado e lesionante; o ônus da prova quanto à culpa; e a diferença quanto à capacidade²⁷⁸”.

Nas relações contratuais, dever-se-á considerar, primeiramente, o tipo de obrigação que foi avençada em determinado contrato, e como bem adverte Sérgio Cavalieri Filho, “essa presunção de culpa não resulta do simples fato de estarmos em sede de responsabilidade contratual. O que é decisivo é o tipo de obrigação assumida no contrato. Se o contratante assumiu a obrigação de alcançar um determinado resultado e não conseguiu, haverá culpa presumida, ou, em alguns casos, até responsabilidade objetiva; se a obrigação assumida no contrato foi de meio, a responsabilidade embora contratual, será fundada na culpa comprovada²⁷⁹”.

Assim, responsabilidade civil é contratual ou extracontratual, tendo em vista os elementos de onde se origina, podendo-se estabelecer, em caráter didático, que as diferenças estão concentradas na origem das relações: se o agente descumprir dever legal, estar-se-á diante de um caso de responsabilidade extracontratual; se, entretanto, houve inadimplemento contratual, caracterizar-se-á a responsabilidade contratual.

Pela teoria unitária ou monista, esta distinção não tem sentido prático, uma vez que os efeitos oriundos da prática lesiva são os mesmos, tanto nos casos de responsabilidade contratual, como extracontratual. Há que se verificar, para os dois tipos, via de regra, se houve dano, se houve prática ilícita ou contrária ao comportamento esperado, e se há nexo de causalidade entre o dano vivenciado e a prática lesiva. Este é o entendimento dominante.

Clayton Reis, explica, neste sentido, a “crescente tendência na direção da unicidade dos princípios da responsabilidade civil, especialmente em direção da adoção da teoria do risco, objetivando assegurar de forma mais ampla possível a

²⁷⁸GAGLIANO, Pablo Stolze et PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*, p.18.

²⁷⁹CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*, p.198.

reparação do dano sem abstrações que possam desvirtuar seu verdadeiro objetivo²⁸⁰. Pouco importa, portanto, se a origem do ato que provocou o dano foi contratual ou extracontratual; o fato que é se há prejuízo, há dever indenizatório na busca da recomposição.

Destarte, o Código Civil de 2002, ainda permaneceu distinguindo, no tratamento que deu em seus artigos, a responsabilidade oriunda de contrato, da proveniente de relações extracontratuais, a responsabilidade aquiliana; e por esta razão, adotou-se a distinção, de caráter doutrinário, neste estudo. A tese dualista tem sido muito criticada, especialmente, pela confusão que alguns doutrinadores fazem acerca dos elementos dos quais utilizam-se, para fazer distinção entre o ônus da prova na relação contratual, e na relação extracontratual.

Há quem diga, como Carlos Roberto Gonçalves²⁸¹, que na relação contratual, basta o mero inadimplemento do contrato, ou mesmo de alguma cláusula específica, para que seja caracterizado o dever de ressarcir, havendo a presunção da culpa. Parece, *data venia*, estar incompleta tal assertiva, uma vez que, para que se configure a responsabilização civil, é necessário que, primeiramente, verifique-se o tipo de obrigação pactuada, se de meio ou de resultado; pois dependendo do caso, será determinada uma ou outra solução, como se verá, quanto ao ônus da prova, em seguida²⁸².

Ademais, a doutrina dominante tem apontado para a necessidade de comprovação do dano para a caracterização do dever indenizatório, não bastando,

²⁸⁰REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. p. 40-41.

²⁸¹“Se a responsabilidade civil é contratual, o credor só está obrigado a demonstrar que a prestação foi descumprida. O devedor só não será condenado a reparar o dano se provar a ocorrência de alguma das excludentes admitidas na lei: culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior. Incumbe-lhe, pois, o *onus probandi*. GONÇALVES, Carlos Roberto *Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*, p.28.

²⁸²Para Sergio Cavalieri Filho, a Responsabilidade Civil divide-se em contratual e extracontratual, de fato; mas na contratual, dependendo do tipo de obrigação, se de meio ou de resultado, o ônus da prova será invertido ou não. Nas obrigações de meio, o referido ônus seria, nesta argumentação, da vítima; e nas de resultado, o mero descumprimento do resultado prometido já acarretaria ao agente, o dever de demonstrar que está isento de culpa. Já nas relações extracontratuais, é que são examinadas a responsabilização objetiva ou subjetiva. Assim, segundo esta doutrina, na responsabilidade objetiva, à vítima cabe demonstrar a ocorrência do dano, e a sua conexão com a prática lesiva, independentemente da comprovação da culpa do agente. E na subjetiva, a vítima deve provar, além do dano, e do nexo causalidade com a conduta ocasionadora, a culpa, em sentido amplo, por negligência, imprudência e imperícia. A culpa aqui entendida em seu sentido amplo, abrangendo também a modalidade de dolo. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*.p.50-53.

para que seja caracterizada a responsabilidade civil, o puro e simples inadimplemento contratual.

Na responsabilidade civil contratual, existe, na doutrina, como se disse, alguma divergência no que tange à noção de responsabilização. Não basta o simples inadimplemento de cláusula pactuada para gerar a obrigação indenizatória. Há que provar, a vítima, o dano sofrido. Neste particular, José de Aguiar Dias²⁸³ cita os irmãos Mazeud para elucidar que não há “nenhuma razão séria para estabelecer, em matéria contratual, derrogação dos princípios gerais: não somente é necessário o prejuízo, para acarretar obrigação do devedor, mas a própria inexecução não constitui presunção de dano em favor do credor; este é obrigado, como em qualquer outro caso, a fazer prova do prejuízo, cuja reparação exige”.

A responsabilidade extracontratual ou aquiliana está baseada na relação que se desenvolve entre as partes, sem contrato; mas que está regida pelas leis que compõem o ordenamento jurídico. Portanto, em caso de desrespeito às leis impostas, e tendo ocorrido o dano, haverá dever indenizatório, o qual será apurado mediante verificação da culpa, nos casos de responsabilização subjetiva; ou não, para os casos em que seja adotada a teoria da responsabilidade objetiva.

A distinção que tem sido feita pela doutrina, baseia-se, como se viu, nas fontes de onde nascem as relações: se a relação nasceu de contrato, falar-se-á em responsabilidade contratual; e, para as relações extracontratuais, quando estiver pautada em deveres gerais, impostos pelas normas vigentes.

Outro critério distintivo, é o relativo à capacidade do agente, uma vez que na responsabilidade contratual, os envolvidos devem ser, necessariamente, capazes, ou mesmo, nos casos de incapacidade relativa ou absoluta, devem estar assistidos ou representados, respectivamente. Não é o que ocorre nas relações extracontratuais, pois, é bem possível que o agente que ocasionou o fato lesivo, seja incapaz.

A discussão doutrinária acerca desta divisão em responsabilidade civil contratual e extracontratual, ganha relevo em função do ônus da prova. A demonstração do prejuízo, via de regra, é fácil. O mesmo já não se pode dizer para

²⁸³ MAZEAUD, et MAZEAUD, *Traité théorique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, 3ed, v.2, nº 1682, p.623, *In*: DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, p.102. Neste mesmo sentido, Kfoury Neto, afirma que “não há, pois, culpa presumida do médico, por estarmos diante de um contrato. Ao autor incumbe a prova de que o médico agiu com culpa”. KFOURY NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. p.71.

a comprovação da culpa. Na seara da responsabilidade civil, o princípio de que a prova incumbe a quem alega, merece um tratamento especial e perde o caráter absoluto, possibilitando que, em determinadas situações particulares, e em função da natureza das relações envolvidas, pode-se admitir a inversão do ônus da prova. Neste sentido, o tratamento especial é admitido, “(...) se a situação normal faz crer na culpa do réu, já que aqui se invertem os papéis: é ao responsável que incumbe mostrar que, contra essa aparência, que faz surgir a presunção em favor da vítima, não ocorreu culpa de sua parte²⁸⁴”.

É possível, portanto, que diante do exame da situação fática, o juiz possa desconsiderar esta divisão conceitual, e verificar, diante das particularidades do caso, quem ficará incumbido de provar o ocorrido, ou de livrar-se de uma determinada imputação. Kfoury Neto²⁸⁵, salienta, quanto ao ônus da prova, que, “em princípio, há que obedecer às regras do Código de Processo Civil – que não foram elaboradas somente para as demandas indenizatórias provenientes de má prática médica, mas para todos os casos de inadimplemento”; e assim, para “as demais fases do processo, o juiz avaliará a questão da prova, sem apriorismos – determinando ora ao autor, ora ao réu, que tragam subsídios para a decisão justa da causa”.

Assim, José de Aguiar Dias²⁸⁶ estipula como quatro, os princípios que regem os casos de responsabilização civil, tanto a contratual, quanto a hipótese extracontratual, ou seja, independentemente de haver ou não classificação. O primeiro deles é relativo ao dano, que deve ser certo, compreendendo as dimensões moral e material. Além disso, deve haver, necessariamente, o nexo de causalidade, como a relação que se estabelece entre a causa e o efeito, ligando o fato que gerou a responsabilidade civil com o dano. Um terceiro princípio, o fato de na força maior e na culpa exclusiva da vítima, hipóteses em que não há o nexo de causalidade,

²⁸⁴DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, p.111.

²⁸⁵Sobre a já comentada divisão em obrigações de meio e de resultado, o autor salienta para a necessidade de flexibilização destas classificações de caráter dogmático; e que, portanto, bem se encaixam a divisão entre Responsabilidade Civil contratual e extracontratual: “(...) Irrelevante saber se a obrigação era de meio ou de resultado. O dano existiu. Basta apenas identificar quem o causou – se o profissional, que poderia ter agido diversamente, e não o fez – ou causa diversa, absolutamente fora do alcance da atuação (boa ou má) do médico”. KFOURI NETO, Miguel. *Culpa Médica e Ônus da Prova*. p.237.

²⁸⁶DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, p.131-132.

operar-se o efeito preclusivo. E para finalizar, afirma que as autorizações judiciais e administrativas não autorizam a exoneração da responsabilidade civil.

Passar-se-á, assim, à análise da proteção jurídica ao instituto da responsabilidade civil, no direito brasileiro, a começar pela sua contextualização.

5.2.Abrangência no ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo

O reflexo de toda esta produção doutrinária francesa, como se viu, repercutiu, ao longo da história, no cenário brasileiro.

No Brasil colonial, por influência das Ordenações do Reino, e sob as diretrizes do Direito Português, não havia distinção entre pena e multa. No Código Criminal de 1830, em função da Constituição do Império, previu-se a reparação *in natura*, quando fosse possível, ou a indenização, desde que traduzisse a integralidade do dano sofrido, dentro do possível, uma vez que, naquela época não se falava em dano moral, por exemplo, estando adstrita, a reparação, ao ressarcimento do dano material²⁸⁷.

A reparabilidade do dano sofrido estava condicionada à condenação criminal, inicialmente, tendo sido, posteriormente, consagrado o princípio da independência das jurisdições civil e criminal.

O Direito Brasileiro, neste caminhar, em 1916, expressou-se através do Código Civil, Lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916, documento que regeu as relações privadas até o final do ano de 2002, tendo sido sucedido pelo atual Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002, que somente entrou em vigor, um ano após²⁸⁸.

A codificação de 1916, foi reflexo do momento histórico, cultural e social da época. A sociedade caracterizava-se, eminentemente pela hierarquização social, pelas famílias matrimonializadas e heterossexuais, pela capacidade negocial revelada pela liberdade para contratar, além das titularidades, pois a propriedade era reflexo de poder.

²⁸⁷ *Idem, Ibidem*, p.30-35.

²⁸⁸ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, p.33.

A responsabilidade civil, no Código de 1916²⁸⁹ não foi abordada eficazmente, tendo sido feitas algumas complementações pelo projeto do Código das obrigações, e a subsequente reforma do Código, através do Projeto de Lei nº 634, de 1975. Ainda assim, a responsabilização civil ficou centrada predominantemente, no conceito de culpa.

Consagrou-se, naquele então, a teoria subjetiva para a aferição da responsabilidade civil, exigindo-se a prova da culpa ou dolo na atuação lesiva que ocasionava o dano. Somente sob a comprovação da culpa é que poderia admitir a indenização pelo dano sofrido.

O advento da Constituição Federal de 1988, e o conseqüente fenômeno da “Constitucionalização do Direito Civil”, fizeram com que o vetusto Código fosse relido, reinterpretado, à luz dos mandamentos constitucionais. A inserção dos princípios constitucionais, no ordenamento jurídico brasileiro, alargou, sobremaneira, a interpretação dos instrumentos legais pré-existentes.

As alterações não foram provocadas, de forma direta, a todos os dispositivos; entretanto, alguns foram revistos e tiveram que ser reinterpretados, à luz dos novos comandos. Interessa, neste particular momento, compreender, de que forma a Constituição Federal contribuiu para a elaboração do Código de Defesa do Consumidor, para que, então, se possa verificar de que forma este Código provocou uma mudança de paradigmas muito significativa, no Instituto da Responsabilização Civil.

5.2.1.A proteção jurídica do Código de Defesa do Consumidor

Para tanto, há que se começar a partir da contextualização das contribuições advindas da Lei Consumerista, para que se possa entender a Responsabilidade Civil

²⁸⁹ A responsabilidade civil, no Código Civil de 1916, estava assim consagrada: “Art. 1.527. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar: I - que o guardava e vigiava com cuidado preciso; II - que o animal foi provocado por outro; III - que houve imprudência do ofendido; IV - que o fato resultou de caso fortuito, ou força maior. Art. 1.528. O dono do edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier da falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta. Art. 1.529. Aquele que habitar uma casa, ou parte dela, responde pelo dano proveniente das coisas que dela caírem ou forem lançadas em lugar indevido”.

nesta seara; e depois, seguindo-se nesta ordem cronológica, proceder-se ao estudo da Responsabilidade Civil, no Código Civil de 2002.

Assim, a Magna Carta²⁹⁰, de 1988 trouxe, em seus artigos 5º, inciso XXXII, e 170, inciso V, a defesa do consumidor como comando constitucional; tendo sido feita, em 1990, a Lei nº 8/078, o Código de Defesa do Consumidor.

A mudança de paradigmas nas sociedades contemporâneas, fez surgir uma série de novas situações nunca dantes imaginadas, mormente em função dos aligeirados avanços nas áreas do conhecimento humano, especialmente, da biotecnologia. A nova ordem social exigiu do legislador, uma postura mais eficaz, no sentido de que fossem elaboradas novas leis, capazes de atender aos novos clamores²⁹¹.

De fato, as mudanças na ordem social provocaram as modificações jurídicas posteriores. O Código de Defesa do Consumidor, que é de 1990, já veio em resposta a estas novas demandas. Neste contexto é que partiu-se de um detalhado texto, que já inicialmente revelou a preocupação pela delimitação conceitual de consumidor e de fornecedor de produto ou serviço, em seus artigos 2º e 3º²⁹².

²⁹⁰CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 1988 – Artigo 5º, XXXII: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”; e no Artigo 170 – “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V – defesa do consumidor”.

²⁹¹“A iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais, refletindo uma nova perspectiva, atentam para valores não-patrimoniais, ou seja, para um dignidade da pessoa humana, sua personalidade, para os direitos sociais e para justiça distributiva”. (...) “A justiça social passa ser o princípio estruturante da atividade econômica inserta no artigo 170 da Constituição. É, na realidade, a adoção expressa de um novo credo, em matéria constitucional, em que o paradigma adotado ultrapassa os sistemas das liberdades meramente formais desaguando nos direitos sociais econômicos. E nesta autêntica mudança social e econômica projeta-se intensamente na própria estrutura contratual e no tráfico jurídico. Neste diapasão de exposições, a doutrina nacional, sempre fecunda em temas tão relevantes quanto atuais, acompanha toda esta dinâmica evolução imposta pelos cânones constitucionais. Destarte, a *Constituição garantista das liberdades formais converte-se na Constituição dirigente*, para promoção da justiça social”. FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, p.171.

²⁹²CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – LEI Nº 8.078/1990 – “Artigo 2º - Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único – Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo; Artigo 3º - Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. §1º - Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. §2º - Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Portanto, para que fique caracterizada a relação consumerista, é necessário que aquele que se utiliza dos produtos ou dos serviços prestados pelo fornecedor, seja o destinatário final.

O enquadramento de determinada situação fática como sendo relação de consumo ou não, é importante; não essencial. Explica-se. Decorre que, diante do desenvolvimento de algumas leis que sucederam à Constituição Federal, criaram-se microssistemas, baseados em leis específicas, e com princípios norteadores específicos. É o caso, por exemplo, do Código de Defesa do Consumidor, que estabeleceu de forma bastante clara, preceitos norteadores das relações que estariam ali abrangidas.

Assim, e apenas para esclarecer e estabelecer relação com o tema desta pesquisa, alguns dos princípios que emanam da Lei em comento, são extremamente importantes para a realidade social contemporânea, tão carregada de novas situações. O princípio da boa-fé, que visa à garantia de que as relações dar-se-ão a partir do sentimento de confiança, de credulidade; acompanhado pelo princípio da onerosidade excessiva, que protege as partes naquelas avenças em que, em função de alguma situação nova, seja difícil ou quase impossível, continuar a honrar os compromissos dantes pactuados, estão expressamente previstos no Código Defesa do Consumidor, quando no artigo 51²⁹³, são consignadas nulas, as cláusulas abusivas, em contrato.

Ressalte-se, entretanto, que não se trata de um microssistema hermético, e estanque. Como em qualquer área do Direito, é possível, e aliás, aconselhável que haja uma maleabilidade entre os sistemas, possibilitando-se, desta forma, soluções mais justas, e equânimes para os casos concretos.

²⁹³CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – LEI Nº 8.078/1990 – Artigo 51 – “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”, em nítida menção ao princípio da boa-fé. E ainda neste mesmo artigo, o §1º, inciso III, consagrou o princípio da onerosidade excessiva, *in verbis*: “Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: III – se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e o conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso”.

O artigo 6º²⁹⁴, e mais precisamente em seu inciso VIII, consagrou o princípio da hipossuficiência do consumidor. A hipossuficiência referida, é a situação de desigualdade em que se encontra o consumidor, abrangendo os aspectos técnicos possivelmente envolvidos. Suponha-se, por exemplo, que o consumidor, dada a complexidade técnica da prova, não tenha condições financeiras para proporcionar a sua realização; tampouco tenha aptidão intelectual para compreender os procedimentos adequados, ou o resultado obtido.

Ademais, também do artigo 51, retro citado, estão na Lei nº 8.078/1990, está o princípio da obrigatoriedade da proposta, que visa à certeza de que a promessa pactuada será cumprida pelos envolvidos, não podendo ser desfeita de forma unilateral. A tônica da redação desta Lei foi inspirada pela redação da Constituição Federal, que já havia estabelecido, praticamente dois anos antes, a consagração do princípio da função social, aplicável à propriedade, aos contratos e à família, relevando a mudança de paradigmas já apontada em outros momentos deste estudo, em sintonia com as lições de Luiz Edson Fachin²⁹⁵.

Pelo princípio da função social, como cláusula geral de proteção às relações contratuais, buscou-se evitar que as desigualdades reais entre as partes, possam estar reveladas nos pactos por elas estabelecidos. Objetivou-se, pela socialização da noção de contrato, um tratamento idôneo às partes, garantindo-lhes que, além da satisfação pessoal e particular, proteger-se-á, também, os efeitos sociais do pacto.

Antes mesmo de passar-se à análise do Código Civil de 2002, necessário se faz comentar outra grande contribuição da Lei Consumerista: o tratamento jurídico da Responsabilidade Civil, partindo-se da premissa que este Instituto surge, a partir violação de um dever, e esta violação se dá pelo inadimplemento do agente que, através de postura ativa ou omissiva não observa, de forma diligente, os comandos legais.

Assim, em seu artigo 12, consagrou a Responsabilização Civil Objetiva, como regra a ser aplicada às relações de consumo, e portanto, estabelecendo que, na ocorrência de dano ao consumidor, o “fabricante, o produtor, o construtor, nacional

²⁹⁴CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – LEI Nº 8.078/1990 – Artigo 6º - “São direitos básicos do consumidor: (...) VIII – o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, como vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados”.

²⁹⁵FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil. *passim*.

ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados (...) ²⁹⁶. Basta, portanto, que na ocorrência de tais danos, oriundo de defeitos, ou informações insuficientes, ou ainda, inadequadas, nos produtos e serviços oferecidos ao consumidor, a vítima demonstre que há relação entre o dano provocado e a conduta, ativa ou omissiva daqueles possíveis agente, mencionados anteriormente. E no artigo 14 ²⁹⁷, na mesma linha de argumentação, estabeleceu-se a responsabilidade civil dos fornecedores de serviços, também como objetiva.

Entretanto, no §4º ²⁹⁸, deste mesmo artigo 14, houve menção à exceção, quando ficou consagrada, em expresse, a responsabilização civil subjetiva, para aqueles casos em que, nas relações de consumo, estiverem envolvidos profissionais liberais, na prestação de serviços. Portanto, desde 1990, e mesmo na vigência do Código Civil de 1916, passou-se a entender que, à vítima do dano, quando o possível causador fosse profissional liberal, caberia a tarefa de demonstrar o dano, a ligação do resultado lesivo com a conduta do agente; e também, a culpa neste atuar, compreendidas aqui, as hipótese de ação ou omissão.

Em posterior momento, e com o advento do Código Civil de 2002, manteve-se a consagração da Teoria da Responsabilidade Civil Subjetiva, impondo que, para que nasça o dever indenizatório, é necessário que a vítima demonstre que o agente atuou culposamente para a ocorrência do fato levisso. Neste sentido, “a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura*, o estado anterior da coisas ²⁹⁹”.

²⁹⁶ CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – LEI Nº 8.078/1990 – Artigo 12 – “O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos”. É este o texto integral do *caput* do artigo supra referido.

²⁹⁷ CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – LEI Nº 8.078/1990 – Artigo 14 – “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua função e riscos”.

²⁹⁸ CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – LEI Nº 8.078/1990 – Artigo 14 – (...) §4º - “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

²⁹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Ob.cit.* p.23..

A vítima, ao ingressar em juízo deve comprovar o dano, demonstrando que foi ocasionado a partir da situação de ação ou omissão do ofensor, salientando para a extensão do prejuízo provocados pelo dano³⁰⁰. O prejuízo, aqui visto como consequência do ato ilícito praticado, não como reflexo da lesão.

Pela responsabilidade subjetiva, o elemento culpa deverá estar presente, quando da alegação do evento danoso; ou seja, a vítima deve comprovar, além do dano provocado pela atuação do agente (aqui presentes os elementos do dano, da ação e do nexo de causalidade), a existência de culpa neste atuar, ou mesmo na falta de atuação, tendo sido, o agente, por exemplo, pouco diligente, ou omissor³⁰¹.

A relação médico-paciente, após o advento do Código de Defesa do Consumidor, ficou caracterizada como relação de consumo, muito embora, dotada de algumas particularidades, como se viu. Neste particular, Sérgio Carvalieri enfatiza que tal discussão ficou superada, por estar, a relação médico-paciente inserida no contexto das relações de consumo, por duas razões: “Em primeiro lugar a responsabilidade decorrente da prestação de serviço direta e pessoalmente pelo médico como profissional liberal. Em segundo lugar a responsabilidade dos médicos decorrente da prestação de serviços médicos de forma empresarial, aí incluídos hospitais, clínicas, casas de saúde, bancos de sangue, laboratórios médicos etc³⁰²”.

Assim, passa-se ao estudo da Responsabilidade Civil, no ordenamento brasileiro, para uma melhor contextualização e compreensão posterior, da responsabilização civil médica na reprodução humana assistida.

5.2.2. A disciplina do Código Civil brasileiro de 2002

³⁰⁰ É neste sentido a visão do autor: “Não basta, todavia, que o autor mostre que o fato de que se queixa, na ação, seja capaz de produzir dano, seja de natureza prejudicial. É preciso que prove o dano concreto, assim entendida a realidade do dano que experimentou, relegando para a liquidação a avaliação do seu montante”. DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, p.102.

³⁰¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*, p.51. É neste sentido, a opinião do autor: “Enquanto no sistema clássico (da culpa comprovada) cabe à vítima provar a culpa do causador do dano, no de inversão do ônus probatório atribui-se ao demandado o ônus de provar que não agiu com culpa”.

³⁰² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, p.370-371,.

E foi, portanto, impulsionado pelo texto constitucional, e pelas legislações infraconstitucionais, que o Código Civil de 2002, buscou disciplinar a relação contratual, na mesma linha de argumentação já verificada na Lei Fundamental e também, no Código de Defesa do Consumidor, como se verá.

Houve previsão, no artigo 186³⁰³ do Código Civil de 2002, de que, a conduta do agente que provoca o evento danoso, pode ser ativa ou omissiva, frisando-se a necessidade de ser voluntária a postura do ofensor, abrangendo-se, portanto, as hipóteses de negligência ou imprudência, e a ocorrência de dano, patrimonial ou extrapatrimonial, oriundo do desrespeito à norma prescrita.

Acerca da compreensão terminológica de ato ilícito, como violação de deveres impostos por lei, é característica do Código Civil Brasileiro; já que, no Direito Francês, por exemplo, fala-se em falta (*faute*), que “significa a ausência de um dever que possui necessariamente o agente, no sentido de se comportar de acordo com as regras previstas no ordenamento jurídico³⁰⁴”.

Ocupou-se, o legislador brasileiro, em definir ato ilícito, conforme se viu, sendo que a culpa, não foi cogitada expressamente, muito embora tenham sido contempladas as suas duas espécies, o dolo, pela ação ou omissão, e a culpa, pela negligência ou imprudência.

Assim³⁰⁵: “Delito é violação intencional da norma de conduta. Quase-delito é o fato pelo qual a pessoa capaz de ofender, operando sem malícia, mas com negligência não escusável, em relação ao direito alheio, comete infração prejudicial a outrem”.

Na prática culposa, pode ocorrer que o agente não tenha conhecimento de que exista determinada norma proibindo tal conduta, tampouco a consciência de que a ação ou omissão poderão provocar o evento danoso.

A culpa está, assim, caracterizada pela falta de diligência, quando o agente observa determinada norma imposta e não age como cuidado que deveria, provocando o dano, mesmo que não o quisesse, mas que já tinha condições de prever que agisse de forma displicente, provavelmente, o provocaria.

³⁰³Código Civil brasileiro de 2002 – Artigo 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

³⁰⁴REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do Dano Moral*, p.35.

³⁰⁵DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, p.135.

Entende-se a culpa como o elemento que motiva o ato ilícito. Dias³⁰⁶, aponta para os dois sentidos da culpa, um objetivo e o outro subjetivo. No primeiro sentido, refere-se à ilicitude; e no segundo, ao mau procedimento do ofensor. Esta conduta do agente pode ainda subdividir-se em dolo e negligência, sendo que no dolo há a intenção de prejudicar.

O erro é também analisado para diferenciá-lo de culpa, uma vez que nem sempre o erro implica em culpa. O que propicia a melhor compreensão, na observação do caso concreto, é justamente a riqueza de detalhes da circunstância fática.

A negligência compreende a falta de cuidado, “a omissão daquilo que razoavelmente se faz, ajustadas as condições emergentes às considerações que regem a conduta normal dos negócios humanos” ao não observar as “normas que nos ordenam operar com atenção, capacidade, solícitude e discernimento³⁰⁷”. Em outras palavras, é o atuar sem cautela. Já a imprudência, liga-se à noção de um atuar irresponsável, temeroso; e a imperícia relacionam-se à falta de habilidade, de aptidão técnica para a prática de determinados atos.

Retomando à análise do Código Civil de 2002, o artigo 186 retro transcrito, cuidou da responsabilidade aquiliana, subjetiva, não tendo feito distinção expressa às modalidades da culpa. A culpa contratual foi contemplada no artigo 389³⁰⁸, que traz em si, a análise de seus efeitos, na medida em que contempla a responsabilização daquele que não cumpriu obrigação, condenando-o ao pagamento de perdas e danos, além dos juros, atualização monetária. A (des)necessária divisão da responsabilização civil contratual ou não, já foi abordada em tópico próprio.

As distinções entre culpa grave, leve e levíssima, classificadas de acordo com o maior ou menor cuidado com que foram conduzidas, têm sido bastante criticadas em sede doutrinária. Ao estabelecer, o legislador, no artigo 186 já visto, a culpa, em suas modalidades de negligência, imprudência e imperícia, e o dolo; estipulou as

³⁰⁶ *Idem, Ibidem*, p.131-135.

³⁰⁷ *Id, Ibid*, p.149.

³⁰⁸ O Código Civil brasileiro de 2002, prevê, *in verbis*, em seu Artigo 389: “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

formas de caracterizar a conduta lesiva. Não há, como se vê, qualquer distinção com relação aos graus da culpa.

A culpa também pode ser entendida aqui, como dolo civil, visto como a culpa grave, caracteriza-se quando, mesmo não havendo intenção de produzir resultado danoso, o agente tem perfeita consciência da possibilidade de produzir o resultado levisso, e, ainda assim, nada faz para evitá-lo. Entretanto, “é de pouca importância para o processo indenizatório o grau de culpa que concorreu para o evento lesivo, senão a exata dimensão do dano produzido em decorrência desse procedimento³⁰⁹”, tendo em vista que, como se disse, o interesse principal é avaliar o resultado, para melhor atribuir a verba indenizatória.

Entretanto, o artigo 944³¹⁰, do mesmo Código, ao estipular a possibilidade de o juiz, no exame do caso concreto, considerar, para o cálculo da indenização a ser atribuída à vítima, a proporção entre a gravidade da culpa e o dano; parece ter querido quantificar a indenização, não apenas com base na extensão do dano, mas também, levando em consideração se houve mais ou menos culpa na ação ou omissão.

Embora tenham sido feitas inúmeras críticas, no que aparentemente seria um retrocesso, na medida em que poderia levar o julgador a atribuir uma indenização parcial, ou que, não fosse em consideração ao princípio da reparabilidade integral; parece que a intenção do legislador não foi esta.

Ao estipular que o juiz deverá reduzir a indenização, caso verifique que houve maior ou menor grau de culpa na ação ou omissão, quis-se garantir a equidade; e não, subvalorizar a necessária atribuição de uma indenização baseada na integralidade da reparação.

Ainda no Código de 2002, a Responsabilidade Civil encontrou respaldo no artigo 927, que em seu parágrafo único, retirou o clássico elemento da culpa como requisito para a configuração da responsabilização civil³¹¹. Aguiar Dias em crítica à

³⁰⁹ REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do Dano Moral*, p.87.

³¹⁰ Código Civil brasileiro de 2002 – “Artigo 944 – A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único – Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

³¹¹ Código Civil brasileiro de 2002 – Artigo 927: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

redação do referido artigo, aponta para uma possível atribuição de obrigatoriedade inquestionável na reparação, quando, na verdade, o que propõe é que, se alguém causar dano a outrem fica sujeito, pode vir a repará-lo, mediante verificação dos elementos fáticos e jurídicos de cada caso. Ou seja, se estes elementos estiverem presentes, nasce o dever de reparação.

Este artigo 927, consagrou-se, na verdade, no ordenamento jurídico brasileiro, como uma cláusula geral de responsabilidade civil, como ensina o Professor Elimar Szaniawski³¹²: “Nesta cláusula geral de responsabilidade civil pela ocorrência de danos, encontra o direito de personalidade que foi violado sua efetiva tutela, cabendo ao Judiciário extrair da regra geral os preceitos necessários para a solução de cada caso concreto”.

Estabeleceu-se, portanto, excepcionalmente, a responsabilização objetiva³¹³, nos artigos 936 e 937 que abordam a responsabilidade objetiva por culpa presumida; e nos artigos 938³¹⁴, 927, parágrafo único, 933³¹⁵ e 1299³¹⁶, a responsabilidade objetiva caracterizada pela desnecessidade de comprovação de culpa.

A responsabilização civil subjetiva, portanto, está consagrada, em regra, em nosso ordenamento jurídico, aplicando-se para os casos previstos no Código Civil. Além dela, também foi regulamentada a responsabilidade objetiva, e a sua modalidade, advinda da Teoria do risco, conforme prevê, expressamente, o artigo 927, parágrafo único, já mencionado.

Esta responsabilidade objetiva, e mais especificamente, a teoria do risco, segundo Clayton Reis, é a que melhor corresponde com o momento vivido pelas

³¹²SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua tutela*. p. 252-253.

³¹³ Código Civil brasileiro de 2002 – Artigo 936 – “O dono, ou detentor do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa vítima ou força maior”. E o Artigo 937 – “O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta”.

³¹⁴ Código Civil brasileiro de 2002 – Artigo 938 – “Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido”.

³¹⁵ Já transcrito, quando da análise sobre a responsabilização civil dos hospitais e clínicas médicas.

³¹⁶ Código Civil brasileiro de 2002 – Artigo 1299 – “O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos”.

sociedades contemporâneas, uma vez que não se pode admitir a desinformação, o desconhecimento das regras sociais e jurídicas³¹⁷.

Ao invés de investigar-se a conduta lesiva, o risco é assumido pelo agente. Basta, para tanto, a possível ocorrência de dano para se presumir a culpa do agente que, por esta conduta, criou o risco. A postura do autor, em defesa da responsabilização objetiva, justifica-se com base argumentativa galgada na socialização do direito privado.

Saliente-se que, mesmo adotando-se a responsabilização objetiva, há que ficar demonstrado que o agente atuou sem qualquer cuidado, não observando qualquer regra de conduta estabelecida no ordenamento jurídico vigente. E assim, “Não obstante a necessidade do homem normal ser providente em relação à ocorrência de fatos futuros, segundo das circunstâncias, o dever-obrigação deverá impor ao agente a conduta correspondente ao do *bonus pater familias*³¹⁸”; explicando que trata-se de um padrão de comportamento exigido de qualquer indivíduo diligente e que preveja as possibilidades antes de agir.

A atuação diligente consiste, pois, desde os exames acautelatórios que devem ser solicitados pelo médico, passando pelo dever de informar e esclarecer, da forma mais realista possíveis, quais são as verdadeiras expectativas que podem e devem ser nutridas pelo paciente; até o atuar profissional propriamente dito.

Ademais, com a disciplina do Código de Defesa do Consumidor, é possível que o juiz entenda que, embora não se reconheça a presunção da culpa, pelo fato de ser contratual ou não, a relação entre as partes, pode operar-se a inversão do ônus da prova, naquelas hipóteses em que a vítima seja hipossuficiente tecnicamente.

A responsabilização objetiva, caracteriza-se estando demonstrados apenas os elementos do dano, e da relação de causalidade entre o resultado e a ação (ou omissão). A comprovação da culpa não é exigida, podendo ser presumida, para alguns casos, ou sendo prescindida, em função do risco.

Uma aparente contradição ocorreu, quando da redação do artigo 927, do Código Civil, em 2002, e portanto, doze anos depois do advento do Código de Defesa do Consumidor. Decorre que, o *codex*, como já se disse, previu neste artigo,

³¹⁷ REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do Dano Moral*, p.41.

³¹⁸ *Idem, Ibidem*, p.100-101.

a hipótese de configuração da responsabilização objetiva, fulcrada na Teoria do Risco, em razão da natureza da atividade desempenhada pelo profissional envolvido.

O Código de Defesa do Consumidor, entretanto, em seu § 4º, do artigo 14, já consagrara, a responsabilização subjetiva dos profissionais liberais. De que forma apurar, desta feita, a responsabilidade civil destes profissionais? Deve ser levado em conta o Código Civil de 2002, ou a Lei Consumerista? Esta preocupação é pertinente, uma vez que, alguns profissionais liberais, como os médicos, no desenvolver das atividades relacionadas ao seu exercício profissional, atuam, constantemente, em situações de risco, decorrentes da própria natureza de tais atividades.

Há quem argumente que esta previsão ficou excessivamente aberta quando se falou em atividade de risco, pois não foram descritas quais são estas modalidades, deixando-se a cargo do julgador, quando da análise do caso concreto. É imprescindível, na opinião de Gagliano e Pamplona Filho, que o desenvolvimento da atividade de risco seja oriundo da “busca de um determinado proveito, em geral de natureza econômica, que surge em decorrência da própria atividade potencialmente danosa (risco-proveito)”³¹⁹.

Sobre a Responsabilidade Civil Médica, e esta particular questão, falar-se-á de forma mais alongada, nos tópicos subseqüentes, a começar pela sua contextualização histórica. A razão de ter sido mencionada, neste ponto, deve-se em função da necessária conexão com o tema até aqui exposto.

5.3.Da Responsabilidade Civil Médica

5.3.1.Breve histórico evolutivo

³¹⁹GAGLIANO, Pablo Stolze et PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*, p.139.

A evolução histórica da Responsabilidade Civil, e mais precisamente, da Responsabilidade Civil Médica, remota aos primórdios das civilizações, especialmente porque as doenças e as dores são inerentes à natureza humana. Esta evolução das sociedades trouxe também o avanço na compreensão dos casos em que é necessário atribuir ao médico, a responsabilização civil por determinada prática. No início das civilizações, a atividade médica era associada à divindade, portanto, a prática destes profissionais representava a vontade divina, e por isso, em caso de falha, havia a previsão de severas punições.

Em seguida, a vingança pessoal passou a ser admitida, e conseqüentemente, a obrigação oriunda da prática delitiva era a de indenizar a vítima, ou a sua família, atribuindo-se à estes primeiros traços de responsabilidade civil, não apenas o caráter de restituição, mas também, o de punição.

O empirismo dominante, buscava as curas para as doenças e meios para amenizar as dores. Para os casos em que a cura não ocorria, atribuía-se, desde então, a culpa aos operadores da cura – conhecidos como feiticeiros, magos ou sacerdotes³²⁰.

O Código de Hamurabi (1790-1770 a.C), com as suas previsões casuísticas, já pautava algumas normas a respeito da profissão médica. Alguns dos seus artigos, impunham “ao cirurgião a máxima atenção e perícia no exercício da profissão; em caso contrário, desencadeavam-se severas penas que iam até a amputação da mão do médico imperito (ou desafortunado)³²¹”.

Estabelecia, portanto, as regras para o exercício da Medicina, tendo em vista a natureza do erro cometido; portanto, havendo distinção de penalização para os casos de lesão corporal ou de morte. A sociedade babilônica da época estava dividida em três classes, “a classe dos *awilum* composta pelos homens livres, a classe dos *wardum* formada pelos escravos e *amtum* pelas escravas, e a classe dos *muskênum* que formava um grupo intermediário entre duas classes, os médicos deveriam observar condutas e ser punidos, em caso de falha no tratamento, de acordo com o dano causado e conforme classe a que pertencia o seu paciente³²²”.

³²⁰KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. p.47.

³²¹KFOURI NETO, Miguel. *Idem..* p.38.

³²²SCHAEFER, Fernanda. *Responsabilidade Civil do Médico & Erro de Diagnóstico*. p.18.

A ausência de um conceito de culpa, como se viu na evolução histórica, retro mencionada, fazia vigorar a responsabilidade civil objetiva, para considerar, por exemplo, que se o paciente morresse na cirurgia, o médico o teria matado, e por via de consequência, deveria ser punido.

O Direito Romano, a exemplo do que aconteceu em praticamente todos os ramos do direito das civilizações contemporâneas, forneceu o embasamento teórico geral para a configuração do instituto da responsabilização civil. Passada a fase da vingança privada (Lei das XII Tábuas), passou-se à fase da “composição voluntária”, situação em que a vítima, a seu critério, recebia do agressor soma em dinheiro, ou o próprio objeto devido³²³.

Ainda a Lei das XII Tábuas priva a “composição tarifada”, que fixava o valor a ser pago em cada caso concreto. Esta Lei, da Roma antiga, em 452 a.C, continha disposições acerca do erro médico; mas foi na Lei Aquilia, de 287 a.C que se puderam observar os primeiros rudimentos do que passou a ser entendido acerca da responsabilidade civil, havendo a previsão de penas pecuniárias as quais deveriam ser aplicadas nos casos de erro médico.

Já se delinearam os primeiros traços da responsabilidade civil, pela fixação, na Lei das XII Tábuas, de valor a ser pago, em caso de ofensa, a título de ressarcimento; entretanto, percebe-se que a noção de indenização estava unicamente ligada à idéia punitiva.

A generalização da Responsabilidade Civil teve início na *Lei Aquilia* (ano 468), seguida pela *Lei Cornélia*, que previu diversos delitos referentes à atividade médica, bem como, as penas cabíveis. Contudo, a *Lex Aquilia de damno* (posterior ao século III a.C), é que estabeleceu o conceito de culpa, e a conseqüente necessidade de reparação do dano ocorrido. Portanto, a Responsabilidade Civil Médica, e especialmente aquela decorrente de imperícia do médico, era reconhecida desde então.

Em 468, com a Lei Aquília, e posteriormente, a Lei Cornélia, estabeleceu-se um conceito de culpa e algumas regras para a reparação do dano, inclusive com algumas particularidades relativos ao erro médico e a sua conseqüente reparação pela responsabilização civil³²⁴.

³²³KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. p.48-50.

³²⁴KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. p.48-50.

Em breve “passagem” histórica pelo Egito, verifica-se, neste contexto que, em função da elevada posição social e prestígio que os médicos possuíam, se o paciente viesse a morrer, uma vez respeitadas as regras para o exercício das práticas médicas, eles não eram punidos³²⁵.

A importância conferida às normas de higiene pessoal e das habitações, que se verificava na sociedade egípcia, fazia com que a saúde fosse considerada objeto de interesse público e social.

Já na Grécia Antiga, ocorreu o primeiro estudo propriamente dito, no campo da Medicina, no século V a.C. A Medicina era contemplada, não apenas pela ótica empírica; mas continha elementos racionais e científicos, além dos deontológicos (arte de curar).

A culpa era analisada de forma criteriosa, no afã de se verificar até que ponto a conduta profissional do médico contribuiu para o resultado danoso. As penas severas, inclusive de crucificação, eram aplicadas nos casos de dano por morte do paciente, ou por “desobediência às prescrições geralmente reconhecidas como fundamento indiscutível da atividade sanitária³²⁶”.

Nos séculos XIII e XVII, com a influência do Direito Canônico, a responsabilidade civil do médico estava ligada, necessariamente, à exigência da prova real do erro médico, através da análise dos exames que pudessem comprovar cada detalhe do procedimento empregado.

Na Idade Média, a elaboração das leis sobre a responsabilidade civil do médico, passaram a ter a contribuição dos próprios médicos, onde a descrição pormenorizada dos tipos de ferimentos e das respectivas indenizações para cada tipo de ocorrência era calculada em pecúnia.

Na França, no começo do século XIX, a figura da responsabilização em esfera jurídica, quase desapareceu, pela previsão da Academia de Medicina de Paris, em 1829, ao estabelecer apenas a responsabilidade moral dos profissionais da “arte de curar”. Para que fosse reconhecida a Responsabilidade Civil do Médico, teria que se comprovar “falta grave, imprudência visível e/ou manifesta imperícia³²⁷”.

³²⁵ *Idem, Ibidem*, p.50.

³²⁶ *Id, Ibid*, p.42.

³²⁷ KFOURI NETO, Miguel. *Ob. cit.* p.44.

O Direito Francês encarregou-se de desenvolver a teoria da culpa, através de contribuições doutrinárias relevantes, que agregaram sobremaneira, para que se compreenda contemporaneamente, a responsabilidade civil.

No Direito Moderno, a grande contribuição foi a do Direito Francês, que em 1832, através “do parecer do Procurador-Geral Dupin determinou que todos os atos médicos que causassem danos a seus pacientes em decorrência de imprudência, ignorância de regras básicas da profissão ou negligência deveriam ser submetidas à apreciação dos Tribunais³²⁸”. Em 1936, a Corte de Cassação Francesa determinou que o exercício da Medicina decorria de uma relação obrigacional, de caráter contratual *sui generis*.

Foi a partir de 1832, que em função da evolução verificada na jurisprudência francesa, a figura da Responsabilidade Civil Médica, passou a ter maior amparo no ordenamento jurídico de então. A teoria francesa do sobre o erro médico, prevê que “o erro é precisamente não dar todas as chances de cura ou sobrevivência ao doente³²⁹”.

Em 1948, quando a Convenção de Genebra, o juramento de Hipócrates, que na Grécia Antiga determinara os princípios morais para o exercício da Medicina, foi adaptado a uma proposta mais moderna de redação e mais condizente com a realidade contemporânea.

Passadas estas considerações contextuais, observar-se-á, em seguida, a compreensão da Responsabilidade Civil Médica.

5.3.2. Fundamentos essenciais à compreensão do instituto

Partir-se-á da elucidação para compreensão das particularidades da Responsabilidade Civil Médica, para então, adentrar nas hipóteses de responsabilização na reprodução humana assistida. Para tanto, procurar-se-á verificar como deve ser entendida a relação médico-paciente, ou melhor, se trata-se de uma relação de consumo ou não.

³²⁸SCHAEFER, Fernanda. *Responsabilidade Civil do Médico & Erro de Diagnóstico*. p.20-21.

³²⁹KFOURI NETO, Miguel. *Ob. cit.* p.46.

A doutrina majoritária, em esfera nacional, é no sentido de reconhecer a relação médico-paciente, como relação de consumo, muito embora diversos sejam os argumentos utilizados. Gagliano e Pamplona Filho³³⁰ entendem que a responsabilidade civil dos profissionais liberais rege-se à luz do Código de Defesa do Consumidor, por tratar-se de lei especial.

Ao enquadrar tal situação na esfera do consumidor, afirma Hildegard Giotri que “entre o profissional (prestador de serviço) e o paciente (consumidor) existe uma relação de confiança, ou seja, o consumidor crê e espera que o produto ou serviço que lhe são oferecidos possuam características que satisfarão suas necessidades pessoais³³¹”.

A posição de Sergio Cavalieri Filho³³² é a de que, desde o advento do Código de Defesa do Consumidor, a Lei nº8.078/90, não há mais sentido a discussão doutrinária acerca da responsabilização médica, se contratual ou não; se partia de obrigação de meio ou de resultado. Entende que a responsabilidade civil médica deve ser examinada a partir de duas perspectivas, a saber: “a responsabilidade decorrente da prestação de serviço direta e pessoalmente pelo médico como profissional liberal”, e também, “a decorrente da prestação de serviços médicos de forma empresarial, aí incluídos hospitais, clínicas, casas de saúde, bancos de sangue, laboratórios médicos, etc”.

Ressalte-se que, há casos em que há a responsabilização civil de quem não atuou diretamente para a ocorrência do dano; sendo que o resultado lesivo foi ocasionado por terceiro. Responsabiliza-se aquele que, mesmo não tendo participado da ação ou não tendo estado envolvido na omissão a determinada situação; liga-se ao agente, através de relação jurídica. Assim, é que “nesses casos, trata-se, a priori, de uma responsabilidade civil indireta, em que o elemento culpa não é desprezado, mas sim presumido, em função do dever geral de vigilância a que está obrigado o réu³³³”.

³³⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze et PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*, p.271-272.

³³¹ GIOTRI, Hildegard Taggesell. *Responsabilidade Médica – as obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação*, p.42.

³³² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*, p.317.

³³³ GAGLIANO, Pablo Stolze et PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*, p.14.

Nestas hipóteses, a vítima não prova a culpa, presumindo-se que o causador do dano, a tenha. Caso não haja culpa na sua atuação, é que deve, o agente demonstrar alguma situação de excludência da culpa, para eximir-se do dever de indenizar.

Nesta toada, um outra divisão da culpa, em consideração às suas espécies³³⁴, é a que utiliza como critério, o modo como se apresenta, podendo ser assim classificada: a *culpa in vigilando*, a *culpa in eligendo*, a *culpa in custodiendo*, a *culpa in comittendo* ou *culpa in faciendo* e a *culpa in omittendo* (*culpa in negligendo* ou *culpa in non faciendo*). Em linhas gerais, na culpa *in vigilando*, o dano ocorre em virtude da falta de vigilância, da conduta de terceiro, por quem alguém está responsável. A culpa *in custodiendo*, se parece bastante com esta modalidade, diferenciando-se, entretanto, porque a culpa em questão, refere-se à guarda de coisas ou animais sob custódia.

Na culpa *in eligendo*, tem-se a responsabilização para os casos em que, em razão da má escolha, por parte do empregador, o empregado acaba por cometer o evento danoso à interesse alheio. As outras duas modalidades, referem-se à hipótese em que já violação a dever jurídico, por ação, ou por omissão, respectivamente.

Com relação à responsabilidade do hospital ou da clínica em que atuou o médico, durante muito tempo, acreditou-se, majoritariamente, que o estabelecimento onde se realizavam os procedimentos médicos era responsável por tudo o que ocorresse com o paciente, enquanto estivesse lá hospedado, em função da responsabilização equiparada às hospedarias. Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, passou-se a utilizar a argumentação do artigo 14, do referido documento, que, em seu §1º, conceitua o serviço defeituoso como aquele que “não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes³³⁵”, determinando, em seus incisos e parágrafos, em que hipóteses configura-se este serviço defeituoso.

O Código Civil de 2002, parece ter resolvido a questão da responsabilização civil dos hospitais e clínicas médicas, quando em seu artigo 932³³⁶, estabeleceu que

³³⁴GAGLIANO, Pablo Stolze et PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*, p.130-132.

³³⁵CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – LEI Nº 8.078/1990.

³³⁶É assim o texto, *in verbis*, dos artigos 932 e 933, do Código Civil de 2002: Artigo 932 – “São

“os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação”, são responsáveis pelos seus “hóspedes, moradores e educandos”. E no artigo subsequente, fixa a responsabilização objetiva, ou seja, sem a necessidade de comprovação de culpa, para as pessoas relacionadas no artigo 932.

Assim, muito embora não tenha havido menção direta aos hospitais e clínicas de saúde, tendo em vista que o paciente lá se hospeda, é possível, por analogia, aplicar a teoria da Responsabilidade Civil Objetiva para estes estabelecimentos.

A doutrina se posiciona de forma diversificada. Caio Mário da Silva Pereira, por exemplo, diferencia da seguinte forma: “Se o médico não pertence ao hospital, e apenas se utiliza dele, a responsabilidade é pessoal. Em caso contrário, sendo o médico integrante da equipe hospitalar ou vinculado por uma relação de emprego, o hospital é civilmente responsável na forma do direito comum³³⁷”.

Independente da fundamentação adotada, ao que parece, o tipo de obrigação que nasce da relação entre o paciente e o hospital é de resultado, em regra; ao contrário da relação direta entre o médico e o paciente. O hospital ou a clínica de saúde na qual o paciente é submetido a tratamento, tem, para com ele, obrigação de garantir-lhe a integridade física e moral, em sua plenitude; e isto nada tem relação com a natureza médica da obrigação do profissional que está atuando junto ao paciente.

Portanto, “absolutamente irrelevante saber se o fornecedor tinha ou não conhecimento do defeito, bem como se esse defeito é presumido porque o Código (de Defesa do Consumidor) diz – art. 14, §3º, I – que o fornecedor só excluirá a sua responsabilidade se provar – ônus seu – que o defeito inexistente, vale dizer, que o acidente não teve por causa um defeito do serviço³³⁸”.

também responsáveis pela reparação civil: (...) IV – os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos”. E o Artigo 933 – “As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, respondendo pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”.

³³⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. p.153.

³³⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*, p.329. Também neste sentido, é a jurisprudência: “CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - Ação indenizatória. Erro médico. Responsabilidade objetiva da entidade hospitalar. Denúnciação à lide dos médicos. A responsabilidade indenizatória da entidade médica por erro médico de seus prepostos é objetiva, eis que os serviços médicos-hospitalares aí prestados decorrem da relação de consumo entre os ofertados e prestados a seus pacientes. Na hipótese, para a ação de regresso, desnecessária a denúncia à lide daqueles a quem se atribui o “erro médico””. TJDF - AI 7.480 - (Reg. Ac. 101.338) -

Ressalte-se que mesmo reconhecendo a responsabilização objetiva destes estabelecimentos, tendo em vista a natureza arriscada das atividades médicas; apesar que não ter que comprovar a culpa, a vítima deverá demonstrar o nexo de causalidade entre conduta que gerou o dano e o resultado danoso. Este sopesar de elementos fáticos e jurídicos, nem sempre é tarefa de fácil verificação, entretanto, a jurisprudência também tem observado estas particularidades³³⁹.

E quanto ao médico, sabe-se que é contratualmente responsável pelos seus atos em relação ao paciente, mas também, pelos atos da equipe a ele subordinada, que age, junto a ele, e seguindo as orientações dele. Não têm validade jurídica, portanto, aquelas cláusulas redigidas pelo médico, no intuito de eximi-lo de tal ou qual responsabilização, pois “ao médico não é lícito alhear-se, por força de convenção celebrada com o doente, das conseqüências dos seus próprios actos”, pois não pode, através de contrato particular, contrariar a ordem pública.

Ademais, não haveria sentido em estabelecer a relação entre o médico e o paciente, se o doente não pudesse ter a certeza de que, as obrigações do médico, de atender-lhe com todo o cuidado possível, e de estar tecnicamente preparado para apreciar e buscar desvendar a cura ou o melhor tratamento para o seu problema; constituem-se como obrigações inalienáveis e inegociáveis.

Nos dizeres do Professor Elimar Szaniawski ³⁴⁰, “provado pela vítima que houve culpa do médico ou dos seus auxiliares, enfermeiros ou qualquer pessoa da equipe, por ter agido com imprudência, negligência, imperícia ou dolo, caracterizar-se-á a responsabilidade civil médica. Praticado o ato ilícito, responderá o médico por fato próprio ou de terceiro, sendo que o médico-chefe responderá civilmente por

1ª T - Rel. Des. Edmundo Minervino - DJU 11.02.1998. Consulta em 27/02/2009, <http://www.direitomedico.adv.br/jurisprudencia/jurisprudenciaErroMedico.htm>

³³⁹RESPONSABILIDADE CIVIL DE ESTABELECIMENTO HOSPITALAR - RESPONSABILIDADE CIVIL DE MÉDICO - ERRO MÉDICO - PROVA PERICIAL - NEXO DE CAUSALIDADE - INEXISTÊNCIA - AUSÊNCIA DE CULPA - APELAÇÃO - REPARAÇÃO DE DANOS - ERRO MÉDICO - PROVA PERICIAL - AUSÊNCIA DE CULPA - Não é possível responsabilizar o profissional da medicina pelo cometimento de erro médico, se a prova pericial produzida afasta a existência de nexo causal entre a cirurgia a que a apelante foi submetida e as seqüelas de cujo padecimento a mesma se queixa. Por via de conseqüência, se nenhuma falha técnica foi constatada na conduta do médico que tratou da paciente, com mais razão ainda, há de ser afastada qualquer responsabilidade da instituição oficial de assistência médica, que não contribuiu de qualquer forma para o sofrimento da autora. Apelação a que se nega provimento.”TJRJ - AC 5222/96 - Reg. 270697 - Cód. 96.001.05222 - Capital - 10ª C.Cív. - Rel. Des. Afrânio Sayão - J. 03.04.1997 . <http://www.direitomedico.adv.br/jurisprudencia/jurisprudenciaErroMedico.htm> , acesso em 27/02/2009.

³⁴⁰SZANIAWSKI, Elimar. *Considerações sobre a responsabilidade civil dos profissionais da saúde na atividade da reprodução assistida*, p.149.

dano praticado por membro da equipe; o hospital ou clínica por erro do empregado; o profissional de saúde, por desídia de seu auxiliar.”

Portanto, com relação à participação de terceiros, que não contrataram diretamente, o autor entende que já exista entre os auxiliares que exerceram determinadas funções importantes para o exercício do objeto pactuado em contrato, e as partes contratantes, uma relação contratual; justamente por provir da relação contratual inicial, selada entre as partes.

Aponta-se para a responsabilização objetiva por ato de terceiro, estendendo-se, esta obrigação, também aos casos de hospitais públicos, porque, independentemente de ter havido ou não remuneração, exige-se, de tais estabelecimentos, um dever de vigilância constante, e uma boa atuação médica, compatível com os padrões de conhecimento e tecnologia exigidos de qualquer bom profissional.

No ordenamento brasileiro, em 2005, houve previsão³⁴¹ para o desenvolvimento das práticas de reprodução humana assistida, no Sistema Único de Saúde (SUS), através da Portaria nº 426/GM, de 22 de março de 2005, que instituiu, no âmbito do SUS, a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida. Entretanto, a primeira gravidez obtida a partir de doação de óvulos, na rede pública, ocorreu em 29 de Outubro de 2008³⁴².

Anteriormente à autorização para tais práticas em âmbito público, a Revista de Janeiro/Fevereiro de 2007, a Revista da Associação Médica Brasileira, divulgou os resultados de uma pesquisa acerca das mulheres que aguardavam pelo início da aplicação de técnicas de reprodução assistida, no SUS. Em artigo denominado de “Expectativa de mulheres à espera de reprodução assistida em hospital público do

³⁴¹ Em 10 de Junho de 2006, noticiou-se que José Gomes Temporão, o Ministro da Saúde, confirmara na “entrega do Complexo Hospitalar Ouro Verde, em Campinas (a 95 quilômetros de São Paulo)” que o Sistema Único de Saúde (SUS) oferecerá tratamento de reprodução assistida para casais que não podem receber esse tipo de atendimento da rede privada”. Acesso em 27/02/2009, disponível em: http://www.estadao.com.br/geral/not_ger187222,0.htm .

³⁴² “Ao receber a notícia da primeira gravidez aos 42 anos, a paulistana Maria (nome fictício) estreou o grupo de mulheres beneficiadas pelo Sistema Único de Saúde “hi-tech”. Ela foi a primeira paciente a engravidar por doação de óvulos no serviço público de reprodução assistida, implantado há menos de dois meses no Hospital Estadual Pérola Byington. “Desde que o sistema começou, essa foi a terceira paciente submetida à técnica e a primeira a ter êxito”, diz Mário Cavagna, diretor da clínica de reprodução assistida do Pérola, onde é feita a “ovodação.” Acesso em 27/02/2009. Disponível em: http://www.estadao.com.br/geral/not_ger268752,0.htm .

DF – estudo bioético³⁴³”, Mônica Samrslá; Juliana Cezar Nunes; Carolina Kalume; Antônio Carlos Rodrigues da Cunha e Volnei Garrafa, demonstraram que a espera dessas mulheres era longa, e que diversos procedimentos deveriam ser feitos, previamente. O Hospital Regional da Asa Sul de Brasília, foi tomado como marco referencial para o estudo.

Isto posto, via de regra, nos contratos médicos, a obrigação é de meios, pois o médico compromete-se a fazer o possível, adotando uma postura de consciência e prudência, e de acordo com os meios que dispõe a medicina para um determinado tratamento. O Código de Ética Médica estipula, apenas na ordem moral, não na jurídica; o comportamento que o médico deve adotar em relação ao paciente, para propiciar-lhe o que de melhor tratamento disponível na Medicina, na busca da cura, do resultado positivo.

Nestas hipóteses, em sendo de meios a obrigação, caberá à vítima a tarefa de provar que o médico agiu culposamente, utilizando-se, para tanto de todos os meios de prova admitidos juridicamente, para estabelecer a necessária relação causal entre o dano e a conduta do médico. O particular aspecto da questão probatória, suscita alguns debates, pois, a prova pericial, por exemplo, que deverá ser feita por um médico; segundo entendem alguns, poderá estar comprometido, pelo “espírito de classe³⁴⁴”, como salienta José de Aguiar Dias, em consonância com o pensamento de Savatier.

Mas há situações, em que as obrigações são de resultado; e ainda, aquelas em que, mesmo sendo de meios a obrigação, é possível que seja invertido o ônus da prova. Saliente-se, por ora, que, ao se considerar que a relação médico-paciente

³⁴³ Neste estudo, e apenas a título de curiosidade, por não ser este o foco deste trabalho, as mulheres foram divididas em dois grandes grupos: no primeiro, elas ainda estavam na fase da investigação das causas da infertilidade; e no segundo, já aguardando tratamento. Assim, revela a pesquisa que: “O primeiro, considerado grupo controle, constou de 27 pacientes recém-encaminhadas de postos de saúde ou de um hospital regional para o HRAS. O segundo, identificado como grupo de estudo, teve 24 mulheres já inscritas na fila de espera para fertilização in vitro, com diagnóstico anterior concluído pela equipe médica especializada do hospital. O longo tempo médio de espera pelo tratamento faz com que as mulheres avancem na idade e acabem ingressando no período de gravidez de risco sem terem conseguido tratamento”. Constatou-se que: “as mulheres sem condições de arcar com despesas de tratamento em clínicas privadas de infertilidade estão longe de se beneficiar da RA; o problema de saúde dessa população específica não passa por um processo de correção e muito menos de distribuição de recursos. A espera imposta pelo Estado potencializa a expectativa das pacientes à espera de tratamento. Não há um padrão de informação sobre o tempo da espera. A imprevisibilidade no repasse de medicamentos indispensáveis para a fertilização in vitro coloca o oferecimento futuro do serviço em dúvida”.

Conforme artigo consultado em: <http://www.scielo.br/pdf/ramb/v53n1/19.pdf>, em 27/02/2009.

³⁴⁴ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, p.334.

está inserida na seara das relações de consumo, e portanto, albergada pela teoria da responsabilização subjetiva, do artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor³⁴⁵; poderá, o juiz, em determinadas circunstâncias fáticas, inverter o ônus da prova, em favor do consumidor.

A responsabilidade civil do médico na reprodução humana assistida é bastante diversificada, tendo em vista a vastidão de atividades e de procedimentos médicos que são empregados, quando da opção pela procriação artificial, em laboratório (através das técnicas de procriação assistida).

Em que pese esta evolução do pensamento acerca do instituto sob exame, com o desenvolvimento de outras sub-áreas da área médica, como por exemplo, a da reprodução humana assistida, ficou sem regramento legal, ainda na sociedade contemporânea. Regem-se, no Brasil, as práticas relacionadas à reprodução em laboratório, pelas diretrizes deontológicas do Conselho Federal de Medicina, através da Resolução nº 1358/92.

A Responsabilidade Civil Médica, nos Tribunais brasileiros, além de não ser um tema tão freqüente quanto os casos em que seria cabível, ainda é tratada de forma divergente, o que justifica, mais uma vez, a importância deste estudo.

A natureza contratual da relação médica, há tempos debatida, e contemporaneamente pacífica, não significa que a culpa será presumida. Depende da análise do tipo de obrigação envolvido.

É da paciente, na maior parte dos casos, o ônus da prova. Não se configura, portanto, a responsabilização objetiva, ademais a prática da reprodução humana assistida, é uma obrigação de meios, em regra.

Admite-se exceção, entretanto, como se verá, diante da gama variada de obrigações que podem vir a ser desenvolvidas nesta relação médico-paciente, fazendo com que, excepcionalmente, portanto, a atividade médica pode ser considerada uma obrigação de resultado, situação na qual, muito embora o ônus da prova também seja da vítima, há apenas que se demonstrar que o resultado almejado não foi alcançado.

O dever de informar, do médico, através do Consentimento Informado, já analisado, está previsto também, no Regime Consumerista, no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º, III, em consagração ao princípio da transparência,

³⁴⁵Conforme menção anterior.

detalhado no artigo 31. Se os eventuais riscos que poderão vir a ocorrer não forem corretamente aclarados ao paciente, é bem possível que haja um retardamento nos cuidados, já que, muitas vezes, os sintomas não se manifestam de forma tão rápida e evidente.

Pela “perda de uma chance”, da jurisprudência francesa do final do século XIX, há a “interrupção, por um determinado fato antijurídico, de um processo que propiciaria a uma pessoa a possibilidade de vir a obter, no futuro, algo benéfico, e que, por isso, a oportunidade ficou irremediavelmente destruída³⁴⁶”.

É bem possível que o diagnóstico errôneo, ou omissivo, possa acarretar eventuais danos, posto que, se o paciente tivesse sabido, corretamente, o seu quadro de saúde, teria tomado as providências no sentido de diminuir seus indesejáveis efeitos.

Entretanto, saliente-se que, a ciência médica, é oposta a ciência matemática, portanto, diferente no que tange à previsibilidade. Para caracterizar o dever de ressarcir, pela perda de uma chance, é necessário que o médico, na ocasião do diagnóstico, pudesse ter o conhecimento acerca da patologia; mas não o tinha, por falta de aptidão técnica, por comportamento displicente, não adaptado aos avanços da biomedicina.

Ressalte-se a importância, para a configuração do dano indenizável, dos elementos característicos da culpa, devendo ter o profissional da área Médica, na realização de suas atividades (agente), ter provocado dano à paciente (dano), caracterizando a relação entre a ação ou omissão do agente, e o resultado provocado à vítima (nexo causal).

O nexo de causalidade é o elemento que deve fazer a ligação entre o dano e a conduta geradora deste resultado lesivo; ou seja, em que pesem as teorias existentes, as quais buscam a explicação mais precisa do que seria o nexo de causalidade, uma parcela da doutrina, opta pela teoria da causalidade adequada. Para os adeptos desta teoria, não seria causa, qualquer condição que tenham contribuído para a aferição efetiva do resultado, mas sim, teria que ser analisada a causa, a partir de um “juízo de probabilidade³⁴⁷”.

Apenas as causas que forem consideradas como as mais apropriadas para a

³⁴⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto *Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*, p.241.

³⁴⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil*.p.88..

produção do resultado danoso, é que serão consideradas como nexos de causalidade.

Outra parte da doutrina, advoga que o Artigo 403, do Código Civil Brasileiro³⁴⁸, ao prever que “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”, adota o critério da causalidade direta ou imediata (Teoria da Interrupção do nexo causal ou Teoria da causalidade necessária), que estabelece que a causa “seria apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessariedade ao resultado danoso, determinasse este último como uma consequência sua, direta e imediata probabilidade³⁴⁹”.

Para que se configure o elemento culpa, não é necessária a intenção, bastando apenas a voluntariedade na conduta, para caracterizar um contraste com as “normas impostas pela prudência e a perícia comuns³⁵⁰”. Na verdade, em sentido jurídico, a culpa representa um desvio no modelo ideal de conduta.

A grande parte da doutrina³⁵¹ comunga da idéia de que a culpa médica somente pode ser presumida, quando da ocorrência de erro grosseiro, negligência, ou imperícia.

O nexo de causalidade, elemento de difícil verificação em outros exemplos de atribuição de responsabilidade civil, atravessa, na Responsabilidade Civil Médica, mais complexidades.

A prova da culpa, entretanto, por vezes é bastante difícil de ser operacionalizada, tendo em vista a dificuldade de obtenção de prova, até pelo pouco acesso e conhecimento técnico que a vítima, em regra, tem da situação fática ensejadora do resultado lesivo. Ademais, ao juiz não cabe o exame técnico, até mesmo porque, ele é juiz e não médico. Limita-se à ponderada apreciação das

³⁴⁸Código Civil brasileiro de 2002.

³⁴⁹GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Idem*, p.90.

³⁵⁰Código Civil brasileiro de 2002.

³⁵¹Neste sentido, Kfoury Neto afirma, acerca da culpa, que somente poderá ser presumida “na hipótese da ocorrência de erro grosseiro, de negligência ou de imperícia, devidamente demonstrados. Se os profissionais se utilizaram de sua vasta experiência e dos meios técnicos indicados, com os habituais cuidados pré e pós-operatórios, somente uma prova irretorquível poderia levar à indenização pleiteada.” KFOURY NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*, p.161.

provas colacionadas, para averiguar se a conduta médica foi pouco diligente ou não, ou se inexistiu.

O erro médico ocorre quando, muito embora tenha agido corretamente, lícitamente; utilizou-se, o médico, da técnica errada. E a culpa está presente, quando se demonstra que o médico agiu de forma displicente, pouco atenciosa.

No que tange à culpa, salienta Caio Mário da Silva Pereira, que ela surge desde o momento em que se configure, por ação ou omissão, uma situação que seja contrária à norma jurídica; podendo, portanto, “configurar-se como infração ao comando legal, quanto ao arrepio da declaração de vontade individual³⁵²”. Em qualquer destas hipóteses, há violação à norma posta, e por este motivo, é que não vê, este autor, razão para distinguir a culpa em espécies, optando por empregar o princípio da unicidade da culpa.

Entende-se, a culpa, por esta lógica de argumentação, como única; não havendo necessidade em distingui-las entre a culpa contratual e a culpa aquiliana, muito embora cada tipo tenha suas particularidades em relação à prova e aos seus efeitos, como já visto.

Existem determinados casos em que, dada a complexidade da prova, por ser eminentemente técnica, por estar quase inviabilizada pela posição de hipossuficiência do consumidor, o juiz entende que a inversão do ônus da prova, conforme a letra do artigo 6º, inciso VIII, também da Lei nº 8.078/1990, é essencial para o deslinde da questão *sub judice*.

Assim, a premissa latina que atribui a prova dos fatos alegados, ao autor da ação (*actori incumbit probatio*) pode levar à impunidade do ofensor, uma vez que, em alguns casos, a vítima não dispõe de condições reais, de aptidões técnicas para conseguir provar a situação descrita, em razão da natureza e da complexidade dos elementos ali envolvidos. Veja-se, como forma de demonstração real, de que a análise casuística é mesmo importante, o tópico seguinte, em que serão demonstrados alguns dos diversos casos de erro médico na reprodução humana assistida.

³⁵²PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.246.

5.3.3. Análise casuística: a responsabilidade civil médica na reprodução humana assistida

Assuntos como a reprodução humana assistida e os avanços da genética, desafiam os juristas diariamente, assim como as questões relativas aos limites para que se proceda à intervenção do médico, na vida daqueles que sofrem doenças irreversíveis, e os avanços que tem se verificado na medicina fetal. E o instituto jurídico da responsabilidade, acaba, necessária e inevitavelmente, por surgir, fruto dessas novas práticas e perspectivas da atividade médica.

O homem, por sua vez, tornou-se, e vem, a cada dia, se tornando, mais exigente de quais são os seus direitos, e de que estes devem ser respeitados. A ética médica e a Bioética têm buscado compatibilizar os avanços verificados com a salvaguarda de princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, o da dignidade da pessoa humana e o respeito à vida.

Em um país de dimensões continentais, como é o Brasil, os avanços da medicina “rica” convivem com a precariedade e o desrespeito da medicina “pobre”, e neste âmbito, desde os pacientes menos abastados, aos mais afortunados, a intolerância à ocorrência do erro médico, tem sido traço característico das últimas décadas; muito embora a culpa profissional do médico seja um antigo problema discutido, pela importância da natureza da atividade médica.

As discussões doutrinárias acerca da necessidade do elemento “culpa”, para a aferição da Responsabilidade Civil do Médico, demonstram-se deveres complexas; entretanto, este fator não pode, e não deve, se caracterizar como um impeditivo. Ao contrário, deve funcionar como um impulso à busca da verdade.

Imagina-se, como em qualquer procedimento médico, e especialmente cirúrgico, que o médico e sua equipe, muito embora não possam se comprometer com o resultado da gravidez, comprometem-se, sim, com o dever de cuidado. A expectativa é legítima na medida em que coaduna-se ao padrão de exigência, especialmente tendo em vista o acesso às inovações tecnológicas de uma determinada época.

Entretanto, para o exercício da atividade médica existem limites, os quais são dados pela barreira do conhecimento e do desenvolvimento tecnológico. A atividade médica é previsível na medida em que deva atender aos padrões estabelecidos pelo

melhor conhecimento técnico de cada época; o que não retira da atuação média, o elemento do risco, da periculosidade do próprio atuar médico.

Assim, “o não fazer uso de toda sua diligência no momento do ato operatório, ou de não informar convenientemente a seu paciente sobre os possíveis riscos ligados ao procedimento cirúrgico, é que seriam os elementos a serem cobrados do profissional, em caso de ocorrência de dano, configurando-se, então, a culpa, na modalidade de negligência³⁵³”. Trata-se da má-prática, como denomina María Carcaba Fernández³⁵⁴.

A atuação diligente abrange, desde os exames acautelatórios que devem ser solicitados pelo médico, passando pelo dever de informar e esclarecer, da forma mais realista possíveis, quais são as verdadeiras expectativas que podem e devem ser nutridas pelo paciente; até o atuar profissional propriamente dito.

No que tange à responsabilidade civil médica, não se pode admitir, segundo a Hildegard Giostri, a hipótese da presunção. Há que comprovar, portanto, que o dano provocado se deu por negligência, imprudência, imperícia ou erro grosseiro.

Neste sentido, e com especial enfoque na falta de cuidado com que agiu a equipe médica, posicionou-se, em recente julgado, o Ministro João Otávio de Noronha:

RESPONSABILIDADE. ATENDIMENTO PÓS-CIRÚRGICO. A recorrida, ao ver-se impossibilitada de engravidar naturalmente, visto ser acometida de endometriose, socorreu-se dos réus para realizar fecundações in vitro (FIV). Sucede que, da segunda introdução de óvulos fecundados, advieram várias complicações, pois, horas após o procedimento, passou a apresentar febre e dores abdominais, sintomas que, com o passar dos dias, aumentaram em demasia, acompanhados de corrimentos vaginais purulentos. Diante desse quadro, procurou por duas vezes o segundo recorrente que, após medicá-la, encaminhou-a a outros profissionais, o que culminou, ao final, na internação e submissão da recorrida a uma histerectomia, opção adotada por outro profissional diante do recrudescimento da infecção, constatada a presença de um abscesso tubo-ovariano. Nesse panorama, vê-se que, quanto à eventual imperícia, a de ter perfurado o útero da recorrida durante o procedimento, dela não há comprovação. Porém, quanto à negligência, é certo que o médico que não presta assistência pós-

³⁵³ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Responsabilidade Médica – as obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação*, p.44.

³⁵⁴ Assim, a responsabilidade civil médica terá lugar quando “*implica esta responsabilidad culpa o actuación inconveniente en su profesión al hablar de “mala práctica”.*” FERNÁNDEZ, María Carcaba. *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, p.175.

cirúrgica à paciente cujo estado de saúde é agravado, encaminhando-a a outros, ao alegar que sua piora não decorre do ato cirúrgico que realizou, deve responder pelo dano ocasionado, diante da negligência, da falta de necessária cautela³⁵⁵.

Em caso de negligência e imprudência, a imprensa brasileira divulgou, em 2002, o caso de uma paciente de 32 anos que ao procurar uma renomada clínica para a terceira tentativa de gravidez, via reprodução assistida, sofreu lesões cerebrais gravíssimas a partir de uma videolaparoscopia³⁵⁶, que acabou por ocasionar queda de pressão e falta de oxigenação no cérebro, depois da anestesia geral.

As complicações, segundo relatos dos parentes da vítima, teria ocorrido por negligência médica, especialmente pelo fato de a equipe ter abandonado a paciente, durante quinze minutos, após a anestesia. O médico, por óbvio, esquivou-se da hipótese de erro médico. O fato é que a paciente ficou em estado vegetativo (tetraplégica, surda, muda e cega), e além de não poder mais engravidar, sequer

³⁵⁵REsp 914.329-RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 19/8/2008. Acesso em 10/11/2009, em: <http://professorflaviotartuce.blogspot.com/2008/08/resumo-informativo-364-do-stj-decises.html>. E com especial enfoque na falta de cuidado, ou seja, no tratamento negligente após o procedimento médico-cirúrgico, foi também a decisão do mesmo Ministro: “RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. NEGLIGÊNCIA. INDENIZAÇÃO CABÍVEL. FECUNDAÇÃO IN VITRO. RECURSO ESPECIAL. 1. Afasta-se a alegada violação do art. 535, II, do CPC na hipótese em que o não-acatamento das argumentações deduzidas no recurso tenha como consequência apenas decisão desfavorável aos interesses do recorrente. 2. Médico que deixa de prestar assistência pós-cirúrgica a paciente que tem seu estado de saúde agravado, alegando que a piora não decorre do ato cirúrgico que realizou, mas de outras causas, encaminhando-a a profissionais diversos, deve responder pelo dano ocasionado à paciente, pois deixou de agir com a cautela necessária, sendo negligente. 3. O conhecimento de recurso especial fundado na alínea “c” do inciso III do art. 105 da Constituição Federal pressupõe a coincidência das teses discutidas, porém, com resultados distintos. 4. Recurso especial não-conhecido”. REsp 914329 / RJ - RECURSO ESPECIAL2007/0001491-8 – Ministro João Otávio de Noronha (1123) – T4 – QUARTA TURMA – Data do julgamento: 19/08/2008, Data da Publicação/Fonte: DJe 13/10/2008. Acesso em 01/03/2009.

³⁵⁶A videolaparoscopia é um exame que é bastante utilizado na reprodução assistida, uma vez que, a partir dele, é possível detectar a possível causa de a paciente não ter conseguido engravidar naturalmente, por meio de uma microcâmera inserida no abdome da paciente. A notícia de Dezembro, do Correio Braziliense, foi neste sentido: “(...) Para cuidar dela, a família contratou seis enfermeiras e três empregadas domésticas. Além disso, 25 médicos acompanham a vítima. A despesa com o tratamento custa R\$ 12 mil por mês.(...) A partir do dia 25 deste mês, os familiares podem receber uma ajuda de R\$ 6,4 mil. Foi esse o valor estipulado na decisão do juiz titular da 2ª Vara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDFT), Jansen Fialho de Almeida. A sentença foi proferida ontem.(...)Inocentado também pelo Conselho Regional de Medicina, o ginecologista Joaquim Roberto Costa Lopes continua trabalhando. Ele vive na ponte aérea Salvador-Brasília. Da Bahia, por telefone, ele conversou com a reportagem do Correio e disse que não sabia da decisão. Informado pela reportagem, ele antecipou que consultaria os advogados sobre a possibilidade de recorrer. “Eu fui absolvido no âmbito do CRM e Judicial. Ficou claro que foi uma fatalidade”, alegou”. Acesso em 30/03/2009. Disponível em: http://www.correiobraziliense.com.br/html/sessao_13/2008/12/20/noticia_interna,id_sessao=13&id_noticia=59291/noticia_interna.shtml

pôde viver plena e dignamente. Em 20 de Dezembro de 2008, foi noticiada a decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. A decisão tardia, diga-se, foi no sentido de atribuir uma indenização mensal e vitalícia no valor de Seis mil e quatrocentos Reais (R\$ 6.400,00).

Outras podem ser as formas de negligência na reprodução humana assistida. Com relação aos cuidados médicos que devem ser tomados, quando da necessidade de utilização do esperma de terceiro, por exemplo, a Sociedade Americana de Fertilização (American Fertility Society), determinou, através de padrões mínimos de saúde, quais são as características que devem estar presentes no material genético dos doadores³⁵⁷.

O médico, ao não realizar estes exames de verificação da qualidade do material coletado, estará incorrendo em prática não recomendada, passível de responsabilização civil, na hipótese de alguém vir a sofrer dano, a partir do processo de procriação assistida. Assim, “o dador deverá ser examinado quanto a malformações genéticas, doenças hereditárias e infecciosas, incompatibilidades sanguíneas e outras doenças que possam repercutir-se sobre feto³⁵⁸”.

Muito embora diversos sejam, de fato, os cuidados tomados neste sentido, não raro acontecem situações de erro médico, especialmente envolvendo espermatozoides de doadores. São recorrentes os casos³⁵⁹ de casais brancos, que, a partir da inserção dos “seus” embriões, geram crianças negras, e vice-versa. Decorre que os médicos, por falta de cuidado básico, deixam de observar a etiquetagem do tubo que armazenou os embriões que serão implantados, e acaba por trocá-los, na hora da implantação *in utero*³⁶⁰.

³⁵⁷ É possível, como se viu, que o casal recorra à doação de espermatozoides, configurando-se a reprodução assistida heteróloga. Decorre, que nesta hipótese, o cuidado do médico deve ser, de início, na garantia de que foram feitos todos os exames possíveis no sentido de verificar se aquele doador não possui uma doença geneticamente transmissível. Caso esta verificação não seja feita, ou se feita, tenha sido de forma negligente, o médico poderá ser responsabilizado, bem como, o doador, se sabia da pré-disposição genética e não revelou ao médico. A responsabilização, neste caso, estaria configurada a partir da violação de uma obrigação de resultado. Conforme SAMBRIZZI, Eduardo A. *La procreación asistida y la manipulación del embrión humano*, p. 233.

³⁵⁸ DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p.48

³⁵⁹ DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p.48.

³⁶⁰ Relata o autor, neste sentido, que: “Otra de las situaciones que puede sugerir responsabilidad es la derivada del error producido en la utilización del material genético, que puede haber llevado al uso, por ejemplo, de óvulos que no sean los de la mujer, o al de gametos masculinos de una persona distinta al marido”. SAMBRIZZI, Eduardo A. *La Procreación asistida y la manipulación del embrión humano*, p.235.

Parece que, para estes casos de negligência absoluta, ainda que a obrigação pactuada não tenha sido de resultado, uma vez o médico não garantiu a gravidez aos envolvidos, havia um dever de cuidado, de zelo, de atuar diligente, que não foi, evidentemente, observado. É de resultado a obrigação de utilizar a amostra correta, portanto³⁶¹.

Ou ainda, nesta hipótese de troca de espermatozoides, noticiou-se o caso de uma americana que, na Carolina do Norte, nos Estados Unidos, ganhou uma indenização no valor de mais de quatrocentos mil dólares, em função de ter sido inseminada com um resto de “esperma que tinha sobrado do mesmo procedimento praticado em outra mulher dois dias antes³⁶²”. Como conseqüências deste atuar descuidado, a paciente veio a sofrer contração no útero, pois o espermatozoide utilizado, sem prévio teste, continha proteínas que poderiam provocar esta reação.

É possível que a troca de espermatozoides afete, não apenas, o fator emocional dos envolvidos, pelo fato de a criança vir a nascer com características fenotípicas totalmente diferentes das do marido; mas pode, e já aconteceu de ter afetado, à saúde da criança nascida³⁶³. Imagine-se que, pela falta de diligência médica uma criança vem a nascer com determinada doença genética, por ter-lhe sido passada tal “herança”, em função da utilização de espermatozoide errado, que fecundara os óvulos de

³⁶¹Inclusive, a autora salienta que caracterizam hipóteses de responsabilidade objetiva, quando, por exemplo, o médico omitir, a partir da análise diagnóstica prévia, doenças genéticas detectadas; ou quando deixar de transmiti-las aquela patologia transmitir-se aos herdeiros. E ainda, outras hipóteses de responsabilidade objetiva: a violação do segredo, identificando o doador que deveria ser mantido em anonimato; a omissão da elaboração do Consentimento informado; o descumprimento da obrigação de fazer um exame clínico prévio na paciente que se submeterá aos procedimentos de procriação assistida; ou ainda, a falta de equipamentos necessários. FERNÁNDEZ, María Carcabá. *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, p.177-179.

³⁶²Em: <http://forum.hardmob.com.br/showthread.php?p=1941566> , acesso em 20/02/2009.

³⁶³Foi o que ocorreu na Itália, conforme relata uma notícia veiculada em um site de caráter religioso, mas com exemplos ricos de efeitos jurídicos. Veja-se o caso: “Giada é uma menina que sofre de anemia e talassemia ou anemia mediterrânea. É também ela filha da proveta,... mas de proveta equivocada. Sim; o Dr. Raffaele Magli, trocou a proveta do líquido seminal do pai de Giada, chamado Roberto Minucci (comerciante napolitano de 33 anos de idade) pela proveta de um homem doente de talassemia; desse erro decorre a existência doentia de Giada, que está sujeita a periódicas transfusões de sangue e à expectativa de um transplante (transplante que depende de doador adequado e disponível). O Dr. Raffaele Magli já foi duas vezes interpelado pela Justiça como réu de graves danos causados a Giada e a sua família. O ginecologista, porém, se defende acusando de adultério a Sra. Maria Cristina Lervolino: diz ele que Giada não é filha de proveta equivocada, mas sim de um “encontro” equivocado. Ofendida, Cristina responde que, na falta de defesa propriamente dita, o réu passa para a acusação”. De fato, seria muita coincidência! A notícia está disponível em: <http://www.cleofas.com.br/virtual/texto.php?doc=MORAL&id=mor0005> , acesso em 07/08/2008.

sua mãe. Neste caso, é também evidente a falta de atenção do médico, e não o risco da sua atuação.

Em 2008, noticiou-se o caso de troca de embriões. Duas mulheres estavam no hospital para tratamento de fertilidade, em Londres, e seus embriões foram trocados, tendo sido implantados outros, em lugar dos embriões respectivos. O hospital, em nota, justificou o erro “devido a uma confusão feita por funcionários médicos, informou a rede de televisão”, e ainda, em entrevista, “o diretor do hospital, Paul Jones, afirmou que o tratamento “foi mal organizado”, alegando que a unidade responsável passa por vários problemas, tais como falta de funcionários e de liderança³⁶⁴”.

Além desta questão, ainda remete-se à uma outra importante discussão: a de determinar como os dados da criança gerada são armazenados, para que se consiga obter o direito ao sigilo, por parte do doador; mas também ao direito desta criança, de conhecer a própria identidade genética. Até mesmo porque, há casos em que, a investigação genética da origem biológica de determinada criança, tem uma razão de caráter essencial – a definição de quem foi o doador do material genético, pode, nestes casos, salvar vida da criança desenvolvida, pelo simples fato de se

³⁶⁴ Neste sentido, diversas são as notícias. Em 22/03/2007, um casal nova-iorquino denunciou a clínica de fertilização de Manhattan, na qual teria, a paciente, sido submetida à inseminação artificial. Entretanto, quando nasceu a criança, a paciente percebeu que a menina tinha o tom de pele bem diferente do dos pais. Foi então que “o pai, de raça branca, se submeteu a vários testes de paternidade, que determinaram que a pequena não levava seu DNA, o que revela que sua mulher foi fertilizada com o sêmen de outro homem”. Apesar de terem declarado seu amor pela filha, mesmo que advinda da utilização de outro embrião, o casal alegou sentir-se constrangido pela confusão provocada pelo atuar pouco diligente do médico. Acesso em 10/12/2008. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,MUL13369-5602,00.html> Neste mesmo sentido, noticiou-se, na imprensa mundial, o caso decidido pelo Supremo Tribunal Britânico, em que ficou determinado que o pai biológico de dois gêmeos, nascidos de um procedimento de reprodução assistida, era um negro; sendo que os pais afetivos, são brancos – ou seja, novamente, um caso de erro na manipulação dos embriões que foram implantados, quando, por coincidência, os dois casais, o negro e o branco, estavam na clínica de fertilização, conforme relata a notícia veiculada no Consultor Jurídico: “Os dois casais estavam na clínica no mesmo dia para receber um tratamento conhecido como injeção de esperma intracitoplasmático, na qual o esperma é injetado num óvulo e então implantado no útero da mulher. O esperma do Sr. B foi inadvertidamente usado para fertilizar óvulos da Sra. A, que engravidou. A Sra. B não engravidou, e não se sabe se houve uma mistura também em seu tratamento. Devido ao erro, as clínicas de fertilização receberam ordens para adotar precauções extras, incluindo a garantia de que duas pessoas testemunhem cada etapa do procedimento em que poderiam ser cometidos erros. Cerca de 40 mil ciclos de tratamento de fertilização in vitro são realizadas na Grã-Bretanha a cada ano, e há poucos relatos de erros. No ano passado, um hospital de Londres disse que duas mulheres ali submetidas a tratamento de fertilização receberam os embriões errados devido a um erro administrativo”. A notícia foi publicada em 06/03/2003, e mesmo tendo sido referente a um caso de seis anos atrás, é carregada de atualidade, pois erros assim, ainda acontecem. E por falta de atenção, não por falta de técnica. Acesso em 09/03/2009. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2003-mar-06/juiza_decide_esperma_usado_acidentalmente

poder recorrer às células do pai biológico; mas por óbvio, em função de remeter à questões de ordem ética, além de representar um conflito de direitos fundamentais, a regra é da anonimato, da privacidade³⁶⁵.

As medidas de cautela vão desde a busca pela certeza de que aquele casal, casado ou em união estável, realmente precisa recorrer à reprodução assistida, à necessária declaração assinada pelos dois, garantindo-se que desejam, de fato, tentar a via artificial. A qualidade do material genético, especialmente para os casos de práticas heterólogas, é exaustivamente testada, afim de dirimir quaisquer hipóteses de responsabilização médica por negligência, por exemplo.

A realidade tem demonstrado que, em muitos casos, as pacientes querem tanto ter filhos, pelas mais diversas razões, que sequer cogitam outra alternativa, que não a reprodução humana assistida³⁶⁶.

As práticas de reprodução assistida evocam, em alguns casos, este choque de direitos fundamentais³⁶⁷. Imagine-se, por exemplo, e para ilustrar a questão, um casal em que o marido não possa produzir espermatozóides móveis o suficiente, a ponto de atingirem o núcleo do óvulo amadurecido, da mulher, para fecundá-los. Nestes casos, o casal, na maior parte das vezes, acaba por recorrer a um banco de doação de sêmen, para que os espermatozóides de um terceiro desconhecido venham a fecundar os óvulos da esposa daquele que sofre de impotência *gerandi*³⁶⁸.

³⁶⁵ Sambrizzi salienta para o fato de que a violação ao segredo sobre a identidade do doador, implica em violação ao seu direito à intimidade pessoal e familiar, podendo produzir-se, em caso de violação deste segredo, dano moral indenizável. SAMBRIZZI, Eduardo A. *La Procreación asistida y la manipulación del embrión humano*. p.235. E também FERNÁNDEZ, María Carcaba. *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*. p.177.

³⁶⁶ É o que relata o médico Paulo Olmos, chefe do setor de Reprodução Humana do Hospital Brigadeiro, em São Paulo, quando perguntado: “Há uma indicação excessiva da fertilização in vitro?”, respondeu: “Acho que sim. Trata-se de um método desgastante e de alta eficácia, mas durante um período breve. Na primeira tentativa, ela oferece 25% de chances de sucesso. Isso pode fascinar quem deseja solução rápida. No entanto, as pessoas tendem a se decepcionar diante do fracasso. Se há possibilidade de escolher um tratamento mais suave, como a inseminação (introdução do sêmen no útero com o auxílio de um catéter), o paciente tem mais probabilidade de ter filhos porque continua tentando por mais tempo. Quando é feito um diagnóstico adequado e um tratamento correto, há, inclusive, a possibilidade de o problema ser resolvido para sempre, e o casal não precisar mais voltar a uma clínica de esterilidade se quiser ter outros filhos”. Em matéria da Revista Isto É, denominada “Artesanato da vida”, da semana de 07/01/2009. Acesso nesta data. Disponível em: http://www.terra.com.br/istoe/1611/1611vermelhas_2.htm.

³⁶⁷ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, p.561.

³⁶⁸ ----- . *Considerações sobre a responsabilidade civil dos profissionais de saúde na atividade de reprodução humana assistida*, p.158.

Os doadores de sêmen, ao aderirem à prática de fornecimento do seu material genético, fazem-no na certeza de que sua identidade será preservada. Mas, e se por hipótese, o filho gerado daquela prática de reprodução assistida, vier a desenvolver uma doença crônica, para a qual precise de doação de medula óssea de algum parente biológico em condições de doação? E ainda, se o filho quiser exercer o seu direito fundamental a conhecer a própria origem genética? De que forma devem portar-se os médicos envolvidos nestes procedimentos?

Inúmeras são as perguntas sem respostas pré-definidas. É neste particular quesito, que salienta-se para a relevante atuação do magistrado, que diante da análise fática, deve estar dotado de suficiente sensibilidade para resolver qual interesse fundamental está em posição de privilégio³⁶⁹.

No decorrer de um tratamento médico, seja ele qual for, inúmeras são as intervenções, mais ou menos “agressivas”, as quais se submete o paciente. Dos diversos procedimentos empregados, é mister que a prudência e a perícia do médico estejam presentes em todos os momentos, sob pena de responsabilização. Até mesmo a escolha da melhor técnica pode ser objeto de erro, se o médico não a fizer baseado em diagnósticos cautelosos.

Por ser a reprodução humana assistida, um procedimento técnico de fertilização da mulher, independente da modalidade técnica escolhida como a mais adequada, poderão ocorrer riscos de danos, tanto na esfera pessoal, material, imaterial, ou até mesmo, em todas essas esferas concomitantemente; e isso pode ocorrer antes, durante, ou após o procedimento de fertilização artificial.³⁷⁰

A primeira fase, a que antecede ao procedimento reprodutivo propriamente dito, é aquela em que os pacientes devem ter a garantia de que o material genético foi devidamente colhido, preservado e manipulado. Especialmente nos casos de inseminação heteróloga, estes pacientes devem buscar a certeza plena de que

³⁶⁹ Acerca da postura do juiz, discorre o autor, quando fala da aproximação ao caso concreto, que é recomendada ao julgador: “(...) o ato de conhecer é mais importante do que o de valorar, pela simples razão de que se não conhecermos adequadamente o objeto a ser avaliado, incidiremos em inevitável erro na sua valoração. Por isso, é da maior importância que o ato de conhecer conduza o julgador a dimensionar, com precisão possível, o dano que se operou no espírito do lesionado, ou seja, identificar situações como a repercussão do dano na sua intimidade física e psíquica (...)”. REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*, p.225.

³⁷⁰ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. p.561.

receberão gametas que passaram por todos os testes que determinaram a possibilidade de sua utilização³⁷¹.

Quanto à qualidade do material genético fornecido pelas clínicas de reprodução humana assistida, em fase anterior ao procedimento de fertilização propriamente dito; pode ocorrer, a partir da prática desatenta, a configuração do dano,. Assim, o controle de doenças infecto-contagiosas, da coleta, manuseio, conservação, distribuição e transferência do material humano para a paciente receptora, é de total responsabilidade da clínica que o fornece, e da equipe médica que o utiliza. E o dano, estaria configurado em caso de erro?

Nesta seara, a doutrina e a jurisprudência comparadas têm aplicado, nos casos concretos, a teoria do risco profissional³⁷², ou seja, tendo ocorrido dano causado por material biológico defeituoso ou incompatível com a paciente, as instituições de saúde, no caso, as clínicas de fertilização, são responsáveis pelos danos causados às receptoras.

No Brasil, a já citada Resolução nº 1.358/1992, no mesmo sentido, garante que a desatenção neste aspecto, caracterizaria a prática de ato ilícito pela clínica de reprodução humana, havendo a necessidade da caracterização da culpa, para o reconhecimento do dano.

Outra questão controversa, diz respeito à saúde e à compatibilidade dos gametas a serem utilizados na fertilização provocada. Há autores que separam a responsabilidade civil da clínica de reprodução, da do depositante do material genético. Para outros, o médico seria mero aplicador prático dos procedimentos para a reprodução, não se responsabilizando pela qualidade do material genético entregue às receptoras; respondendo a clínica, apenas nos casos em que tenha praticado erro gravíssimo. E ainda, os que acreditam na responsabilização de ambos, tanto da clínica de fertilização, como do médico, vez que a obrigação da clínica seria a de fornecer gametas saudáveis, que não ofereçam riscos de doenças,

³⁷¹DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p.50.

³⁷²Tratar-se-ia de uma hipótese de responsabilização civil por descumprimento de obrigação de resultado. Neste sentido, explica o autor: “A jurisprudência comparada, principalmente norteamericana, nos revela que a tendência dos tribunais é considerar que o contrato de fornecimento de sangue, tecido, órgãos e material genético por hospitais, clínicas de saúde ou bancos de coleta e armazenamento de material biológico apresenta uma obrigação de resultado, não se sujeitando o contrato de fornecimento de sangue, tecidos, órgãos e material genético às regras gerais que informam os contratos de compra e venda mercantis”. SZANIAWSKI, Elimar. *Considerações sobre a responsabilidade civil dos profissionais de saúde na atividade de reprodução humana assistida*, p.167.

tanto ao feto, à criança, e à própria mãe³⁷³. Parece, entretanto, que a razão está com os adeptos deste último pensamento.

Com o desenvolvimento da criobiologia, diz-se que as células germinativas podem ser preservadas por tempo prolongado, e segundo a opinião dominante, elas mantêm suas propriedades biológicas depois do descongelamento. Alguns acreditam que o crioarmazenamento é eficaz pelo período máximo de três anos, pois depois deste prazo, tais embriões teriam grandes probabilidades de rejeição, além da possibilidade de formarem teratomas, ou a malignização de cromossomos em embriões criopreservados por longo tempo³⁷⁴.

O diagnóstico genético pré-implantação uterina, segundo a Resolução nº 1.358/1992, do Conselho Federal de Medicina, estabelece como única finalidade deste exame, a avaliação da viabilidade embrionária ou a de possibilitar a realização do tratamento de doenças genéticas e/ou hereditárias de alta prevalência, a partir dos resultados diagnosticados. Neste aspecto, como primeiro questionamento acerca da responsabilidade civil dos profissionais da área Médica, indaga-se sobre a caracterização do dano ou não, frente à conclusões equivocadas, oriundas dos laudos e exames genéticos.

Existe uma corrente³⁷⁵ que defende que o erro de diagnóstico nem sempre caracteriza a responsabilização civil, vez que existem diferentes tipos de exames. Nos mais simples, que não requeiram nenhuma interpretação pelo profissional, não é admitido o erro, caracterizando-se o dano, em caso de erro. Entretanto, se o exame em questão for complexo, ensejador de uma interpretação científica ampla, por si só, já não acarretaria a responsabilidade civil ao médico ou membro de sua equipe; teria que se comprovar a culpa.

Veja-se o caso em que em gravidez singular, o médico diagnosticou gestação gemelar, provocando, com certeza, na mãe, e porque não dizer, em toda a família, a

³⁷³ Assim, recomenda o autor: “os mesmos cuidados que o profissional da saúde deve ter em relação à adequada compatibilização de raça, de grupo sanguíneo, de semelhança fenotípica e imunológica, entre o doador e o marido ou companheiro da mãe da criança a ser gerada em laboratório deverá ter, também, na escolha do material genético a ser empregado na fertilização artificial, mormente tratando-se de gameta de doador”. SZANIAWSKI, Elimar. *Considerações sobre a responsabilidade civil dos profissionais da saúde na atividade da reprodução assistida*, p.166-171.

³⁷⁴ Conforme SZANIAWSKI, Elimar. *Considerações sobre a responsabilidade civil dos profissionais da saúde na atividade da reprodução assistida*, p.170.

³⁷⁵ Recomenda-se que seja analisado cada caso, para verificar de que forma deve ser resolvido para a garantia da justiça. KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*, p.160-170.

expectativa pelo nascimento de duas crianças, quando, na verdade, tratava-se de uma, apenas:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ERRO MÉDICO. DIAGNÓSTICO DE GESTAÇÃO GEMELAR. EXISTÊNCIA DE UM ÚNICO NASCITURO. DANO MORAL CONFIGURADO. EXAME. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I - O exame ultrassonográfico para controle de gravidez implica em obrigação de resultado, caracterizada pela responsabilidade objetiva. II - O erro no diagnóstico de gestação gemelar, quando existente um único nascituro, resulta em danos morais passíveis de indenização. Agravo regimental improvido³⁷⁶.

Para este caso, observe-se que a obrigação de resultado estaria configurada em função de o exame de ultrassonografia ser de fácil análise; e portanto, não exigir, do médico, uma interpretação inovadora, arriscada.

Alguns problemas poderão ocorrer quando da implantação do embrião fecundado e desenvolvido *in vitro*, no útero ou na trompa de Falópio da mulher paciente. Questiona-se em princípio, acerca da quantidade de embriões obtidos. A Resolução nº 1.358/1992, estabelece o número de quatro, como sendo o número máximo de embriões a serem transferidos para o corpo da mulher. Tal previsão, acarreta debates, ao serem implantados quatro ou mais embriões, o risco de desenvolverem-se gestações múltiplas, podendo ocorrer abortos ou nascimento de prematuros, e prejudicando assim, a saúde da paciente, é alto.

As pacientes podem ainda sofrer outros tipos de riscos nesta fase, como a ocorrência de lesões ao aparelho reprodutor feminino; caracterizando o dano, nos casos em que seja verificada a culpa por parte do profissional da área médica.

Os danos eventualmente ocorridos após a execução do procedimento reprodutivo são diversos. O primeiro a ser citado, é o risco de a paciente vir a desenvolver câncer ou outra doença provocada pela grande ingestão hormonal na fase anterior ao início da fertilização. A literatura médica, neste sentido, é escassa e polêmica, mas muito se fala da importância de uma análise criteriosa por parte do

³⁷⁶AgRg no Ag 744181 / RN - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO-2006/0027391-2 - Ministro SIDNEI BENETI (1137) - T3 - TERCEIRA TURMA – Data do julgamento: 11/11/2008, Data da publicação: 26/11/2008. Acesso em 01/03/2009.–Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=erro+medico&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>

médico, no sentido de averiguar se a paciente que deseja se submeter aos procedimentos de reprodução humana assistida, tem algum tipo de histórico de doenças familiares, por exemplo, a análise sobre a possibilidade da existência de risco de a paciente desenvolver câncer, decorrente do tratamento hormonal³⁷⁷.

Além disso, o emprego por parte do médico, de técnica inapropriada para cada paciente especificamente, considerando suas características pessoais, pode gerar danos à criança que vai nascer. Muitas das conseqüências advindas, tanto para as mulheres receptoras, quanto para as crianças geradas, são omitidas pelos profissionais da área Médica, no pacto firmado através do Consentimento Informado.

Um outro aspecto de importante destaque, e que se refere à possibilidade de provocar danos à paciente que se submete à reprodução humana assistida, é o relativo à indução à ovulação. Decorre que, tendo em vista ser apenas um o óvulo que amadurece, em regra, em cada ciclo menstrual, é necessário, para garantir uma maior chance de obtenção de gravidez, estimular a paciente, através de injeções hormonais específicas, à uma produção maior destes óvulos. Esta hiperprodução pode, e eventualmente, tem gerado alguns problemas à saúde da mulher, inviabilizando, por vezes, futuras gestações³⁷⁸.

Esta ingestão hormonal que visa à obtenção de um maior número de óvulos por ciclo, potencializando assim, as chances de gravidez, como se viu, tem provocado as mais diversas desordens no que tange à saúde das pacientes. Inclusive, este número excessivo de óvulos, acaba por gerar um número também exagerados de embriões, fomentando a problemática questão: o que fazer com os embriões excedentários³⁷⁹.? Ademais, mesmo que médico e paciente decidam por implantar os quatro, que são permitidos pela Resolução Normativa nº 1.358, do

³⁷⁷ SZANIAWSKI, Elimar. *Considerações sobre a responsabilidade civil dos profissionais da saúde na atividade da reprodução assistida*. p.172.

³⁷⁸ *Idem, Ibidem*, p.174.

³⁷⁹ Além da personalidade jurídica do embrião e dos problemas que advém da discussão sobre o direito à vida deste embrião, podem ocorrer ainda, outras questões, como por exemplo, a disputa pela guarda de embriões que não foram implantados, como no caso do “casal (que) disputa a guarda de sete embriões na Justiça dos EUA. Submetido à fertilização “in vitro” em 95, o casal, hoje separado, teve implantados quatro dos 11 embriões obtidos. Os dois tiveram um filho e agora o ex-marido quer que os embriões sejam implantados em sua nova mulher”. <http://www.cleofas.com.br/virtual/texto.php?doc=MORAL&id=mor0005>, acesso em 07/08/2008. Ou ainda, no recente caso que mobilizou a Corte Européia de Direitos Humanos, em que o casal criarmazenou embriões, e depois de separados, a mulher, que não tem mais ovários, em função de um câncer, não pode implantá-los porque o ex-noivo não quer mais ser pai de filhos com ela. Disponível em: www.uol.com.br, acesso em 10/04/2007.

Conselho Federal de Medicina, as chances de a paciente vir a desenvolver gestações múltiplas, é muito grande³⁸⁰.

O risco advindo das gestações gemelares, projeta-se não apenas para a saúde da grávida, que deve tomar mais cuidados e atuar com mais restrições, no decorrer da gravidez; mas também, para as crianças, que podem nascer com problemas de baixo peso e distúrbios de ordens diversas, além do risco de vida, existente em função do espaço reduzido, no útero materno.

“Diga-se desde já que em matéria de responsabilidade médica a prova do nexo de causalidade é freqüentes vezes uma dificuldade quase insuperável por razões que têm a ver não apenas com uma “conspiração de silêncio” por parte dos profissionais médicos e uma quase impossibilidade a superar, mas também, com o especial melindre da quantificação dos danos³⁸¹”. E também: (...) “para que o reconhecimento explícito do direito ao ressarcimento pelos prejuízos pré-natais sofridos e do direito à proteção da vida humana desde a concepção constituam um passo efectivo de progresso e de conformidade com as preocupações éticas que rodeiam a vida humana é necessário que o âmbito de tal proteção seja definido de modo bem claro, o que até agora não aconteceu³⁸²”.

A doutrina tem se posicionado, de forma pacífica, no sentido de classificar a relação médico-paciente, como contratual; uma vez que duas pessoas, por ato de vontade consciente, vinculam-se estabelecendo obrigações a serem cumpridas.

Em outras palavras, quando o paciente dirige-se, por exemplo, a uma clínica de reprodução humana assistida, entende-se que ele deseja obter determinada prestação, da outra parte, *in casu*, o médico, que é quem estabelece a proposta de empregar a melhor técnica possível, e tendo em vista os limites factuais, para tentar alcançar o ideal de satisfação do paciente – a gravidez bem sucedida.

³⁸⁰ Neste sentido, “um estudo publicado no New England Journal of Medicine sugere que, num esforço para reduzir o número de gravidezes múltiplas, é preferível o recurso à FIV uma vez que com esta técnica é possível controlar o número de embriões implantados no útero. (...) Entre as 1494 mulheres incluídas neste estudo, que se submeteram a estimulação ovárica, 441 conseguiram engravidar. Destas, vinte por cento tiveram gémeos e cinco por cento trigêmeos”. Disponível em: <http://saude.sapo.pt/artigos/?id=792006>, em 13/10/2008. Foi também assim, no caso da mulher que aderiu ao “turismo reprodutivo” e veio a sofrer as consequências da irresponsabilidade, própria, e do médico: “Uma senhora sueca, de 60 anos de idade, foi à Itália, onde lhe fizeram a implantação de dois gémeos por inseminação artificial; mas perdeu-os por aborto espontâneo, com graves consequências físicas e psíquicas para a ela, o que revoltou alguns médicos na Suécia”. Em <http://www.cleofas.com.br/virtual/texto.php?doc=MORAL&id=mor0005>, acesso em 07/08/2008.

³⁸¹ DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p.187, nota de rodapé.

³⁸² DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p. 204.

Figuram-se, nesta relação, médico e paciente, como contratado e contratante, na consecução de uma determinada situação, mesmo que no conteúdo material do contrato, não haja a obrigatoriedade de alcance de resultados positivos, como no caso exemplificado. O que o médico pode garantir, é que vai, no decorrer dos procedimentos, agir com toda cautela para a escolha da melhor técnica a ser empregada em cada caso, e tendo em vista o histórico de saúde de cada paciente. Não pode garantir, entretanto, que vai conseguir gerar uma gravidez, ou mesmo que esta gestação vá se desenvolver até o final.

Saliente-se, como elemento importante, para a posterior classificação da natureza jurídica desta relação, que esta escolha, via de regra, e especialmente no caso da procriação assistida, se dá com base em um elemento chave: a confiança. A paciente, neste caso, procura determinada clínica porque com aquele profissional escolhido é que ela vai depositar todas as suas expectativas na consecução da gravidez desejada. Independente do motivo que tenha levado o casal à clínica, o fato é que a relação de confiança que se inaugura, com o médico, é essencial para o início de qualquer procedimento.

Se é entendimento dominante que a relação entre médico e paciente tem natureza contratual, alguma dúvida surge quando esta relação se dá na esfera pública, e portanto, cuja prestação de serviços médicos é gratuita.

João Álvaro Dias entende que a relação é contratual, não com o médico, mas sim, como o estabelecimento médico, na medida em que o paciente inicia, no estabelecimento, uma relação que exige uma série de cuidados particularizados, que muito mais além do que o mero e “genérico”³⁸³ dever de respeito à integridade física e moral deste paciente.

É importante estabelecer a natureza jurídica da relação que se desenvolve em instituições públicas, especialmente em virtude da recente implementação da reprodução humana assistida no Sistema Único de Saúde (SUS), como se viu.

Mas se há entendimento majoritário na determinação da natureza jurídica contratual³⁸⁴, em regra, que emana das relações que se dão entre o médico e o paciente, mormente nas clínicas privadas, em que são celebrados contratos

³⁸³DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p. 239.

³⁸⁴SZANIAWSKI, Elimar. *Considerações sobre a responsabilidade civil dos profissionais da saúde na atividade de reprodução humana assistida*, p.177-180.

onerosos; os questionamentos aparecem quando se fala da natureza das obrigações assumidas. Seriam obrigações de meio ou de resultado?

Em recente, do qual transcrever-se-á, entendeu-se que a responsabilização objetiva do hospital, em função de obrigação de resultado, somente poderia ocorrer quando “o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital³⁸⁵”; já que, para os demais casos, não há como estar configurada a obrigação de resultado, e ainda, há que ser verificado, em cada caso, qual era o tipo de ligação do médico chefe com o hospital. Assim, se o médico estivesse prestando um serviço sem caráter habitual, apenas utilizando-se da estrutura hospitalar, mas sem qualquer vínculo, segundo este entendimento, não estaria caracterizada a responsabilidade do hospital.

O fato é que o hospital ou a clínica na qual o paciente está sendo submetido à tratamento, cirúrgico ou não, oferece além da prestação médica, a qual já é suficientemente polêmica no que tange também a este particular aspecto; mas oferece, em grande parte dos casos, hospedagem, caracterizando, de acordo com o entendimento dominante dos tribunais franceses, um contrato “*d’hôtelier*”³⁸⁶.

³⁸⁵É o que se vê, em teor integral: “RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. NEGLIGÊNCIA. INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. 1. A doutrina tem afirmado que a responsabilidade médica empresarial, no caso de hospitais, é objetiva, indicando o parágrafo primeiro do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor como a norma sustentadora de tal entendimento. Contudo, a responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, mormente quando este não tem nenhum vínculo com o hospital – seja de emprego ou de mera preposição –, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar. 2. Na hipótese de prestação de serviços médicos, o ajuste contratual – vínculo estabelecido entre médico e paciente – refere-se ao emprego da melhor técnica e diligência entre as possibilidades de que dispõe o profissional, no seu meio de atuação, para auxiliar o paciente. Portanto, não pode o médico assumir compromisso com um resultado específico, fato que leva ao entendimento de que, se ocorrer dano ao paciente, deve-se averiguar se houve culpa do profissional – teoria da responsabilidade subjetiva. No entanto, se, na ocorrência de dano impõe-se ao hospital que responda objetivamente pelos erros cometidos pelo médico, estar-se-á aceitando que o contrato firmado seja de resultado, pois se o médico não garante o resultado, o hospital garantirá. Isso leva ao seguinte absurdo: na hipótese de intervenção cirúrgica, ou o paciente sai curado ou será indenizado – daí um contrato de resultado firmado às avessas da legislação. 3. O cadastro que os hospitais normalmente mantêm de médicos que utilizam suas instalações para a realização de cirurgias não é suficiente para caracterizar relação de subordinação entre médico e hospital. Na verdade, tal procedimento representa um mínimo de organização empresarial. 4. Recurso especial do Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda. provido. REsp 908359 / SC - RECURSO ESPECIAL - 2006/0256989-8 – Relatora Ministra Nancy Andrighi (1118), Relator p/Acórdão: Ministro João Otávio de Noronha (1123) – S2 – Segunda Seção - Data do julgamento 27/08/2008 – Data da publicação: 17/12/2008”. Grifou-se. Em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=erro+medico&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=8> . Acesso em 01/03/2009.

³⁸⁶DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p. 241.

Este contrato, além do contrato de prestação de serviços, que se estabelece com o paciente, e que já um contrato *sui generis* por envolver obrigações de naturezas diversas; faz com o hospital fique responsável por outros fatores, oriundos da relação médica propriamente dita, e que referem-se à hospedagem, alimentação e até transporte, enquanto o paciente estiver na clínica.

Decorre que, como salienta João Álvaro Dias, “como facilmente se compreende, o doente particularmente debilitado, ou em estado de inconsciência mais ou menos prolongado, tem o direito de exigir que a clínica providencie no sentido do seu efectivo bem estar e da sua segurança, podendo por conseguinte falar-se de uma verdadeira obrigação de resultado³⁸⁷”.

O hospital ou clínica, estariam, sob esta óptica, encarregados de promover uma boa estadia para o hóspede-paciente, enquanto lá estiver; mesmo não sendo este o produto da relação que o levou até lá. O paciente tem com o médico uma relação de necessidade, de confiança, de esperança; e o médico, tem obrigação de, agindo com a maior diligência possível, trazer o resultado mais eficaz possível; mas, médico e paciente conscientes sabem que, nem sempre, esta é uma meta que pode ou não ser atingida, dependendo, para tanto, de vários fatores, aleatórios, desconhecidos, inesperados.

Nos procedimentos de reprodução humana assistida, por exemplo, a clínica tem para a paciente, obrigação de resultado, pois deve providenciar, no mínimo, alojamento, alimentação, e por que não dizer, acompanhamento psicológico ao casal. Assim, para com o paciente, estabelece uma obrigação de resultado, para que se sinta bem e tudo corra dentro do esperado, durante a sua estadia. Mas já com relação aos procedimentos médicos particularmente considerados, há diversos tipos de obrigações, e que, portanto, merecem análise pormenorizada também.

Entretanto, como salienta João Álvaro Dias³⁸⁸, “uma coisa parece todavia indiscutível, a saber: tendo a clínica ao seu serviço médicos para o tratamento dos doentes que aí se dirijam responderá contratualmente pelos actos destes. Do mesmo modo, e por via de regra, responderá a clínica pelos actos do pessoal auxiliar, embora possam suscitar-se delicados problemas quando se trate de actos que, por razões técnicas ou legais, tenham que ser executados sob a directa

³⁸⁷ *Idem, Ibidem*, p.241..

³⁸⁸ DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p. 241.

orientação e vigilância de um médico”, pois ao médico incumbe o dever o vigilância, quando da realização dos procedimentos principais. Diferentemente, por exemplo, do caso dos enfermeiros, que durante a estadia do paciente no estabelecimento médico, prestam-lhe atendimento, sem estarem sendo observados, a cada ato, pelo médico responsável. Nesta hipótese, a responsabilização recairia sobre o hospital ou clínica.

Parece acertado afirmar-se que o médico, por estar contratualmente vinculado ao paciente, possui responsabilidade pelas atividades desenvolvidas para o tratamento do seu paciente, recaindo, inclusive, esta responsabilização, no atuar daqueles que compõem a equipe médica. Não há cláusula pactuada em instrumento particular que seja capaz de desabonar preceitos de ordem pública, como o advindo da necessária responsabilização daqueles que, a partir de uma conduta ativa ou omissiva, provocaram danos à outrem.

A relação de confiança estabelecida entre médico e paciente, especialmente no caso de práticas de reprodução humana assistida é o que movimenta a redação do pacto que une as partes; por esta razão, e aqui mais ainda, é que nos procedimentos de procriação artificial, o médico deve ser mais que médico. A paciente, e não raro, o casal que vai submeter-se a estes procedimentos, já está suficientemente fragilizado pelas circunstâncias, e por esta razão, é que, necessitam ainda mais, de esclarecimentos minuciosos e norteados, primordialmente, pelos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, consagrados, em ordenamento pátrio, no Código Civil, artigos 421 e 422³⁸⁹.

A recomendação de tais posturas de ética e bom atuar, dão-se em função dos supremos interesses envolvidos nas práticas de reprodução humana assistida. Interesses, inclusive, de quem não tem nem capacidade ainda, para defender os seus. Refira-se, neste particular, à garantia de plena proteção dos interesses das crianças geradas a partir destes procedimentos. É o que estabelece, João Álvaro Dias: “A criança nascida com vida, e desde que seja viável, mas porventura diminuída física ou mentalmente em consequência de lesões sofridas durante a sua vida intra-uterina, poderá ser civilmente ressarcida, conquanto que consiga provar a

³⁸⁹Conforme o artigo 421, do Código Civil de 2002: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. E o artigo subsequente, o 422, prevê, *in verbis*: “Os contratos são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

existência de nexos de causalidade adequada entre o facto ilícito e culposos e o dano³⁹⁰.

Assim, quanto à garantia de saúde da criança gerada, esta especial situação não é tão pacificamente considerada. Na reprodução homóloga, feitos todos os exames pré-implantacionais, tanto no gameta masculino, quanto no feminino, e verificados os elementos retro apontados, diagnosticados na paciente; em sendo a técnica, a inseminação artificial; parece demasiadamente arriscado que o médico garanta, através de cláusula específica, que a criança irá nascer saudável.

Algumas pesquisas têm apontado para uma maior probabilidade de serem geradas crianças com problemas de saúde diversos, quando nascidas a partir de procedimentos de reprodução assistida. Especialmente pelas técnicas de Fertilização *In Vitro* (FIV), e a ICSI, os riscos estariam aumentados, porque o grau de interferência humana, representado pelo médico e sua equipe, é maior que nas outras técnicas. Decorre que, para as técnicas citadas, o médico ao juntar os gametas, masculino e feminino, faz o que a natureza não faria, se por exemplo, houvesse certa incompatibilidade entre estas células. Em consequência, as chances de as crianças dali oriundas nascerem com distúrbios como “problemas cardíacos, distúrbios neuromusculares e até paralisia cerebral³⁹¹” é de quase o dobro.

De fato, em recurso às especialíssimas e avançadas técnicas de procriação assistida, é talvez possível realizar aquilo que, naturalmente, não se conseguiu. Decorre que, por vezes, estas práticas podem não dar tão certo assim, justamente pelo próprio risco que está necessariamente envolvido. Foi o que aconteceu no caso da mãe que, submetida à fertilização *in vitro*, gerou um bebê hermafrodita. Os estudos revelaram que o hermafroditismo poderia estar relacionado à duas ocorrências: “o mesmo óvulo ser penetrado – na trompa, nas gestações naturais, na proveta, nas fertilizações *in vitro* – por dois espermatozoides, um deles determinante

³⁹⁰ DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p.175.

³⁹¹ É o que revela a pesquisa veiculada pela Revista Veja, sob o título “O tubo não é tudo de bom” , de acordo com a pesquisa da revista científica *The New England Journal of Medicine*. “Realizado por pesquisadores ingleses e australianos, o trabalho acompanhou mais de 1.000 bebês, nascidos entre 1993 e 1997. Ao longo do primeiro ano de vida, quase 10% deles apresentaram problemas cardíacos, distúrbios neuromusculares e até paralisia cerebral(...) Os bebês estudados foram gerados pela fertilização *in vitro*, a FIV, e pela técnica conhecida por ICSI(...) Os especialistas acreditam que a “mãozinha” dada pela FIV e pela ICSI, ao provocar a fecundação, pode explicar grande parte das doenças dos recém-nascidos. Muitas vezes a medicina junta duas células que, no que dependesse da natureza, dificilmente se associariam”. Em: http://veja.abril.com.br/220502/p_095.html , acesso em 23/10/2008..

do sexo masculino (xy) e o outro do feminino (xx)³⁹². Ou ainda, um embrião poderia ter sido absorvido pelo outro, *in utero*.

Na reprodução natural, já não se tem esta certeza, mesmo tendo os pais, feito exames diversos, anteriores às tentativas de gravidez; porque existe um risco natural, inerente à condição humana, de que o embrião formado naturalmente, por escolha do organismo humano, possa gerar uma criança com algum problema em seu desenvolvimento.

Entretanto, na reprodução heteróloga, uma vez uma das células germinativas, ou mesmo ambas, provém de outras pessoas, que não o casal interessado na gestação; o médico deve garantir, a boa qualidade do material genético que vai ser empregado no procedimento. Não pode garantir, como toda certeza, que a criança gerada será, sem sombras de dúvidas, saudável; mas pode, e deve, garantir, por exemplo, que após a análise detalhada do gameta a ser utilizado, não há, por exemplo, contaminação por HIV, pois o médico deve ter investigada a qualidade da célula sob exame.

Alguns estudos, como os publicados pelos Centros para Controle e Prevenção de Doenças³⁹³, dos Estados Unidos, revelaram que o nascimento de crianças prematuras e de baixo peso, e o emprego das técnicas de fertilização *in vitro* ou da injeção intracitoplasmática de esperma, poderiam estar relacionados; embora que ainda em fase experimental de averiguações. Alguns defeitos de nascença, como, por exemplo, a “falha entre duas cavidades cardíacas, lábio leporino, superdesenvolvimento do esôfago e má formação do reto”, poderiam estar presentes na constatação de 9.584 bebês com defeitos; e 4.792 sem defeitos, sendo

³⁹²“O garoto tinha um pênis normal, mas o testículo esquerdo estava localizado fora da bolsa escrotal. Durante a cirurgia para corrigir o problema, os médicos tiveram a surpresa de encontrar um ovário, uma trompa e um útero rudimentar. (...) Para este caso, após exames, verificou-se que a segunda hipótese teria ocorrido; o que enquadrava tal acaso, no risco oriunda da prática da reprodução assistida. No caso do menino inglês, se tivesse ocorrido a primeira hipótese, haveria um erro cromossômico visível no embrião, antes da implantação. O teste de DNA feito pelos cientistas escoceses revelou que ele trazia células de linhagem masculina e de linhagem feminina, o que indica a ocorrência de uma fusão de dois embriões. Ele provavelmente teria uma irmã gêmea, se não tivesse acontecido o acidente”. Acesso em 13/10/2008. Disponível em: <http://www.terra.com.br/istoe/comport/147817.chtm>

³⁹³ Ressalte-se que: “a principal questão - qual a chance de um bebê de proveta ter um defeito de nascença? - ainda não foi completamente respondida. Isso exigiria um grande e rigoroso estudo de acompanhamento desses bebês. O estudo dos centros americanos fornece riscos comparativos, mas não absolutos”. Acesso em 30/03/2009. Para a matéria em teor integral, consultou-se: <http://www.medicalnewstoday.com/articles/35212.php>. Acesso em 30/03/2009.

que “entre as mães dos bebês sem defeitos, 1,1% usaram métodos de fertilização *in vitro* ou relacionados, em comparação a 2,4% de mães de bebês com defeitos”.

Assim como, quando a técnica empregada for a da implantação de gametas masculinos nas trompas de falópio da mulher, pela GIFT³⁹⁴, mesmo sendo o gameta do marido ou companheiro, o médico deve garantir que o material foi examinado antes de ter sido selecionado para a implantação no corpo da mulher. Não tem, entretanto, como garantir que o embrião formado *in útero* se desenvolverá e gerará uma criança saudável, com cem por cento de acerto.

O dever do médico é o de informar “os intervenientes de todas as conseqüências, devendo considerar-se nulas todas as cláusulas em que estes renunciem a ser informados sobre os riscos do tratamento³⁹⁵”, especialmente porque, além de eximir-se da culpa de não ter esclarecido, por parte do médico; há que salientar-se que na reprodução assistida, não estão envolvidos apenas os interesses dos pais e do médico, mas também da criança.

Entende a doutrina dominante, que a natureza da responsabilidade médica é obrigação de meios, e não de resultado. João Álvaro Dias, neste sentido, explica: “O que se pretende por em evidência é que o médico não está obrigado a determinado resultado material (opus) ou imaterial (a cura como evento incerto), mas deve desenvolver uma actividade profissional tecnicamente qualificada na escolha e utilização dos meios mais idôneos a conseguir a cura. Com efeito, nem poderia ser de outro modo, já que o exercício da actividade médica tem o seu quê de irredutivelmente aleatório. Se é certo que o diagnóstico é, em grande medida, um percurso lógico e cientificamente fundamentado não é menos verdade que tem uma parte de empirismo, construído à custa de tentativas e hesitações sucessivas que, no mínimo, podem conduzir a uma certa álea e, em casos limite, a situações de irredutível impasse³⁹⁶”.

Na reprodução assistida, tendo em vista a natureza complexa das técnicas que são empregada, as obrigações são de meio, uma vez que, não pode o médico, por exemplo, garantir que a mulher submetida a um dos procedimentos, vai engravidar. Apesar disso, é importante analisar cada ato, a repercussão que cada

³⁹⁴GIFT

³⁹⁵DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p. 250.

³⁹⁶DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p. 252.

decisão ou ação têm na integridade física e moral dos pacientes, e até mesmo, com relação à criança dali oriunda.

A responsabilidade é subjetiva e a obrigação é de meios, em regra. Mas há casos em que não se requer do médico, uma atividade interpretativa complexa; exigindo-se dele, apenas, a apreciação cautelosa, como num exame laboratorial, por exemplo. Nestas hipóteses, a vítima não terá que provar de que o médico agiu fora dos parâmetros previstos genericamente. Entretanto, “certos testes que permitem diagnosticar desordens genéticas nas partes envolvidas no processo de procriação medicamente assistida não poderão dizer-se imunes a uma margem considerável de erro, pois que exigem uma interpretação científica complexa³⁹⁷”, e por esta razão, no poderiam ficar enquadrados como obrigações de resultado.

Quanto à adequação fenotípica e imunológica do sêmen escolhido na reprodução heteróloga, às características do marido; há quem sustente que o médico deve, caracterizando-se aí uma obrigação de resultado, selecionar a amostra de sêmen que, de fato, contenha em seu mapeamento genético, e as respectivas características fenotípicas, mais parecidas com as do marido; garantindo-se assim, que a criança nascida será parecida com o pai afetivo, o marido ou companheiro da mãe.

João Álvaro Dias, diversamente, e fundamentando seu posicionamento no artigo 26, do Projeto sobre a Utilização de Técnicas de Procriação Assistida, entende que o médico deve tentar fazer com que, a partir da escolha do doador, nasça uma criança parecida com o marido ou companheiro da mãe; mas não pode ter certeza de que, uma vez combinados o esperma do doador, com o óvulo da mãe, vai ser produzida uma criança parecida; pois as possibilidades de combinação são inúmeras.

Mesmo nas famílias em que os filhos são fruto da reprodução natural, e do mesmo pai e mãe, nem sempre os irmãos se parecem entre si, ou com os genitores; não raro são os casos, aliás, em que os irmãos não se parecem nada uns com os outros.

O médico deve, e esta sim é uma obrigação de resultado, responsabilizar-se pela boa qualidade do material genético doado, escolhido para ser empregado naquele processo de procriação assistida. Aqui, neste particular, boa qualidade

³⁹⁷ *Idem, Ibidem*, p. 256.

refere-se à não estar contaminado por alguém vírus que possa ser transmitido geneticamente, como o HIV, por exemplo; ou ainda, que a amostra escolhida não possua tipo sanguíneo que possa gerar criança incompatível com mãe, em função de sua tipagem sangüínea, gerando uma gestação que pode trazer riscos de vida para mãe e filho.

Se nesta boa qualidade fosse considerada a taxa de mobilidade que os espermatozóides têm, e a conseqüente maior capacidade de produzir gravidez quanto maior for a mobilidade, estar-se-ia diante de um problema de questionamentos mais complexos. Veja-se, por exemplo, a hipótese que poderia ocorrer em um país onde a “doação” de esperma fosse feita mediante pagamento de dinheiro. Para os que exergam aí, apenas, a relação comercial, estar-se-ia diante de uma obrigação de resultado mal cumprida, pois com uma amostra de baixa qualidade, as chances de engravidar seriam menores.

Entretanto, sob a égide mais ética dos fatos, há aqueles que não consideram esta relação, um pacto comercial; mas sim, parte do cumprimento de uma prestação médica sujeita a riscos, cujo objeto não é a certeza da gravidez bem sucedida; mas a certeza do emprego dos melhores meios técnicos disponíveis na tentativa de obter a gestação. Caracterizada, sob esta óptica, estaria uma obrigação de meios.

Quanto mais desenvolvidas estão as técnicas de procriação assistida, mais diversos e inusitados são os problemas dali advindos. Apesar das boas taxas de sucesso na utilização de tais procedimentos, muitos são os casos em que os pacientes a eles submetidos, sofrem reflexos de diversas ordens, tendo violada a sua integridade física e também a moral.

Tais problemas decorrem, muitas das vezes, em função de interesses puramente egoísticos dos casais, que desejam submeter-se, à qualquer preço (material e imaterial), sacrificando, por vezes, a sua saúde, e a de seus filhos porvir, apenas para satisfazerem aos egos hiperestimulados pela mídia e pela cobrança social vazia³⁹⁸.

³⁹⁸Salienta, a autora, para a desvirtuação que alguns casais acabam por fazer, ao confundirem o direito à liberdade de procriar, com a busca obsessiva por um filho advindo destes procedimentos de procriação assistida, a qualquer custo: “(...) *las nuevas técnicas de fertilización asistida significan para algunas parejas la única posibilidad de tener sus propios hijos. Comparato lo dicho al respecto por el Dr. Jorge Bustamante Alsina, al expresar que lo que realmente existe es la libertad de procrear o sea de engendrar um hijo, lo cual no debe ser confundido com el afán posesivo como um derecho al hijo y la búsqueda neurótica del nacimiento a toda costa*”.BACIGALUPO, Maria Valeria Massaglia.

Além disso, há os interesses dos médicos, alguns deles preocupados apenas, e exclusivamente, como o aspecto financeiro do negócio jurídico, visto apenas como meio para consecução do tão almejado lucro.

Quando à busca pela gravidez deseja decorre de motivos como os estes, o resultado pode ser bem sucedido; mas, em regra, é nos casos em que a ganância, a imprudência e conduta negligente dão a tônica, que ocorrem os mais freqüentes danos.

Interessa, pois, analisar os efeitos jurídicos de todos este processo que vai desde a busca pela procriação assistida, ao resultado danoso; passando-se pelas conseqüências advindas da necessária responsabilização daqueles que causaram os danos à paciente, à criança, ao pai biológico, enfim, a todos os envolvidos.

Para os casos em que os ânimos que movimentaram a busca pelas técnicas de reprodução assistida tenham sido de boa-fé, de verdadeiro desejo de conseguir a gestação, tanto por parte do paciente, quanto do médico, deve-se especial cuidado à necessária formação especializada que o médico deve ter. Neste sentido, salienta João Álvaro Dias que “a qualificação dos médicos que utilizam estas técnicas é uma questão fundamental, pois que não pode permitir-se a exploração desumanizante e a charlatanice de pretensos especialistas, que ainda por cima se socorrem de laboratórios ou instalações inadequadas³⁹⁹”.

Buscar compreender a responsabilidade civil médica em todos os seus meandros, exige, preliminarmente, a correta apreensão da culpa decorrente do agir (ou não) do médico. Alguns critérios devem ser estabelecidos no sentido de considerar qual é padrão de atuação esperado deste profissional da área de saúde, fundamental ao desenvolvimento humano.

Diante dos acelerados avanços na área da Medicina, e em especial, na área da biotecnologia, espera-se do médico, uma conduta diligente e responsável e norteada por técnicas atualizadas na área de conhecimento a que se propõe atuar; relevando-se um padrão de comportamento exigível de qualquer outro profissional médico sensato. Decorre que, por vezes, determinados médicos, em algumas áreas, desenvolvem teorias a partir de aplicações práticas de novas técnicas; gerando-se,

Nuevas formas de procreación y el derecho penal – protección jurídica de la entidad humana em desarrollo. Distintos enfoques sobre procreación asistida. Ingeniería y manipulación genética. Encuadre jurídico, p.51.

³⁹⁹DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p. 337.

nesta hipótese, um dever de cuidado ainda maior, uma vez que os riscos são também maiores.

Neste sentido, “ao médico exige-se por conseguinte que actue com aquele grau de cuidado e competência que é razoável esperar de um profissional do mesmo “ofício” (especialista ou não especialista), agindo em semelhantes circunstâncias⁴⁰⁰”. Portanto, do médico, espera-se que atue como um bom pai de família, de acordo com a postura clássica adotada para a compreensão do conceito de culpa; ou seja, imagina-se que a sua conduta será a mais cuidadosa possível, e que o desempenho da sua profissão se dará a partir de critérios atualizados, tendo em vista as técnicas disponíveis a cada evolução em sua área de conhecimento.

Ressalte-se que de nada adianta, para que este atuar médico seja desenvolvido na seara da segurança, que ele empregue as técnicas mais modernas da sua especificidade médica, sem, entretanto, dominá-las. Primordialmente, é imprescindível o atuar consciente, responsável e providente.

A antiga divisão dos graus de culpa, contemporaneamente, tem sentido somente em caráter didático; pois, diante da verificação do agir culposos, basta apenas que o médico tenha atuado de forma negligente, em sentido lato; desempenhando-se profissionalmente, sem a diligência esperada de um qualquer outro profissional padrão.

Em seu Capítulo III, o Código de Ética Médica, embora de caráter deontológico, estabelece que o médico não deve atuar de forma imperita, negligente ou imprudente; e mesmo, em caso de erro, deverá assumir a responsabilidade pelo procedimento que indicou⁴⁰¹.

Considerando-se, entretanto, que os profissionais da área médica, desenvolvem suas atividades norteados por princípios de ordem ética, e em respeito ao ser humano em sua totalidade, imagina-se que a boa-fé é a regra, e a prática irresponsável, desidiosa, é a exceção. Ademais, em Novembro de 1992, o Conselho

⁴⁰⁰DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p. 342.

⁴⁰¹É assim, o Código de Ética Médica, em seus artigos 29, 31 e 32: “É vedado ao médico: Artigo 29 – Praticar atos profissionais danosos ao paciente que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência. (...) Artigo 31 – Deixar de assumir responsabilidade sobre procedimento médico que indicou ou do qual participou, mesmo quando vários médicos tenham assistido o paciente. Artigo 32 – Isentar-se de responsabilidade de qualquer ato profissional que tenha praticado ou indicado, ainda eu este tenha sido solicitado ou consentido pelo paciente ou seu responsável legal”. In: PESSINI, Leocir et BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*, p.629-630.

Federal de Medicina estabeleceu a Resolução Normativa nº 1.358/92, que dispõe sobre a utilização das técnicas de reprodução humana assistida. Embora de caráter deontológico, a referida normativa objetiva orientar o atuar médico, quando do recurso a uma das técnicas existentes.

Como se vê, muitas são as questões que surgem, a princípio, sem respostas imediatas, acerca do emprego das técnicas de reprodução assistida, dentre as quais, cita João Álvaro Dias, às concernentes à “admissibilidade ou não da mistura de esperma, os modos de recolha, conservação e utilização, os riscos de comercialização do sémen, o problema de saber se os contratos (venda, doação) ou das disposições testamentárias que têm por objecto a cessão do próprio sémen são ou não nulos, a questão de saber quais são as consequências jurídicas da recolha do sémen contra a vontade do “dador” ou da inseminação de uma mulher, casa dou não, contra a sua vontade, etc⁴⁰²”.

Conjectura ainda, o autor, de outras problemáticas que podem resultar do emprego das técnicas de reprodução assistida, como da possibilidade de o filho que nasceu através de uma destas técnicas, e que, porventura, teve seqüelas na sua formação, acionar judicialmente, seus pais, pela opção pela via judicial; ou ainda, numa hipótese mais corriqueira, acionar o médico, pela falta de observância de algum critério técnico(imperícia), ou prática imprudente ou negligente.

Ou ainda, uma possível busca pelo ressarcimento em função dos danos sofridos pelo filho, a partir da escolha, por parte do médico, do material genético empregado na reprodução heteróloga, graças a uma doença geneticamente transmitida à criança.

Outra particular questão surge quando da escolha, pelo médico, da receptora do embrião, nos casos de maternidade de substituição, ou seja, para aquelas hipóteses em que a “mãe” que engravida não é mãe biológica da criança. Ressalte-se que, no Brasil, esta prática não pode ser remunerada, e sua prática está limitada ao parentesco em até segundo grau⁴⁰³, portanto, a escolha não é do médico, mas da

⁴⁰²DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p.64-65

⁴⁰³É o que dispõe o Conselho Federal de Medicina, através da Resolução Normativa nº 1358/92:

“VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As Clínicas, Centros ou Serviços de Reprodução Humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética. 1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina. 2 - A doação temporária do

mãe biológica da criança que vai nascer, a qual terá algumas poucas opções no seio familiar, para apontar como possíveis candidatas.

Imagine-se a hipótese que poderia, por exemplo, ocorrer nos países em que tal prática é admitida na via onerosa, e sem qualquer exigência de parentesco, na qual a mãe substituta escolhida pelo médico, pudesse, pelo seu estado de saúde, ou qualidade de vida; colocar em risco a saúde da criança, ou da mãe biológica, e até mesmo, à sua própria.

Há ainda, os casos em que as crianças nascidas a partir de alguma das técnicas de reprodução assistida, nascem com alguma má formação decorrente do emprego de procedimento que não deveria ter sido recomendado. Para este caso, em particular, a responsabilização médica teria que ser subjetiva, por tratar-se de uma obrigação de meio.

O médico não pode, depois de ter feito todos os exames pré-implantacionais exigidos pelo bom senso e pela boa postura de diligência, garantir que a criança gerada vai ser saudável. Ele somente pelo responder pelo emprego da melhor técnica para cada caso, pela conduta atenciosa, pelo dever de cuidado extremo durante todo o procedimento; mas não pode, assim como acontece com as gestações naturais, ter certeza de que a criança possa vir ter alguma anomalia.

Há, todavia, “casos em que a saúde ou a inteligência de uma criança concebida através do recurso a qualquer das técnicas de procriação medicamente assistida seja inferior ao normal, a menos que consiga provar-se que tais “déficits” estão indissociavelmente ligados a uma característica genética ou a uma doença transmissível que, de acordo com os padrões médicos comuns, deveria ter sido objecto de testes ou exames específicos que teriam permitido o seu despiste⁴⁰⁴”.

Nestes casos, a doença manifestada na criança não é em decorrência do processo de procriação assistida; uma vez que já estava associada à característica genética pré-existente. O médico poderia ser responsabilizado, e aqui objetivamente, por não ter observado tal pré-disposição, quando da manipulação das células germinativas; e conseqüentemente, não ter avisado ao casal envolvido, que poderia ter optado entre continuar com o procedimento, ou recorrer a outras vias, como a doação de gametas, ou até à adoção.

útero não poderá ter carácter lucrativo ou comercial”.

⁴⁰⁴DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p. 262-263.

Ademais, e este é ponto pacífico, embora não seja responsabilidade do médico, garantir que a mãe que se submete a uma das técnicas de reprodução medicamente assistida vai engravidar, parece ser, o profissional, responsável pela correta coleta, armazenagem e conservação do material genético empregado, e mais ainda, dos embriões excedentários nas reprodução *in vitro*.

Médico, hospital ou clínica, devem dar à paciente, a certeza de que seus óvulos será corretamente armazenados e identificados. Assim como para o marido ou companheiro, de que seu esperma não será confundido com o de um doador anônimo. Deve-se dar certeza ao casal, de que os embriões produzidos ficarão crioarmazenados, por tanto tempo quando for permitido pelas leis do país, sem qualquer preocupação com a qualidade e a vida dos mesmos. A obrigação de resultado está caracterizada na medida em que o material genético ou o embrião, deverão estar conservados com as mesmas qualidades que tinham anteriormente - quando foi coletada a célula germinativa; ou quando foi formado o embrião.

Alguns casos, infelizmente, ilustram este ponto, em particular. A começar pela clássica decisão em um tribunal americano, em 1978, do casal Del Zio v. Presbyterian Hospital, quando o médico destruiu o embrião do casal, que estava crioarmazenado, e não poderia ser produzido outro, e até porque, nem seria igual ao destruído. Ou ainda do caso inglês, em que um casal de pais brancos teve um filho de cor negra, em função da negligência e do emprego de material genético errado, na fecundação *in vitro*.

Assim, é que diante da análise de alguns casos, para ilustrar a argumentação ora apresentada, vale salientar o pensamento de João Álvaro Dias no sentido de que, “naqueles casos mais flagrantes de manipulação errônea, de falta de controle ou de vigilância, má qualidade do material genético escolhido, codificação ou etiquetagem inadequada, perda ou destruição de material genético, às pessoas que se sintam lesadas, embora possa não ser particularmente difícil a prova do nexo de causalidade, já levantará especiais dificuldades a qualificação do prejuízo sofrido. Na verdade afigura-se extremamente difícil não apenas a qualificação como a quantificação do prejuízo sofrido como a perda de um óvulo ou de um embrião congelado ou com o nascimento de uma criança de outra raça a um casal infértil, por força de uma etiquetagem ou codificação incorreta ou de uma confusão ou troca de provetas”.

Uma outra situação de risco, e que poderá ensejar a responsabilidade civil médica é a decorrente da implantação do material genético no útero da mulher que vai se submeter a uma determinada técnica de reprodução assistida; uma vez que lesões no útero podem ser causadas, além dos riscos de infecções advindas dos procedimentos cirúrgicos.

O médico deve ainda, em respeito ao seu dever de vigilância, observar que o embrião implantado tenha, no máximo quatorze dias de crescimento *in vitro*, muito embora, como já se disse, esta é uma determinação de ordem médica, balizada em disposição de caráter deontológico; portanto, caso não seja cumprida, para ensejar a reparabilidade do dano sofrido, necessariamente, exigir-se-á o nexo causal entre a implantação posterior e eventuais má-formações na criança gerada a partir daquele procedimento.

Problemas na seara da responsabilização médica podem, ainda, surgir, em decorrência dos exames pré-implantacionais, em que os médicos têm acesso ao mapa genético do embrião. A manipulação genética, se tem o lado positivo de possibilitar que os pais tenham conhecimento, antes do nascimento da criança, que ela terá determinado problema ou má-formação; tem também, o aspecto negativo, intimamente relacionado, de poder gerar uma eventual prática eugênica, de seleção do embrião mais apto, mais perfeito.

As repercussões éticas desta particular questão são inúmeras; muito embora não se pretenda desvendá-las à minúcia; mas o fato é que, os procedimentos de reprodução assistida, que surgiram para auxiliar aqueles casais que não podem ou não conseguem desenvolver a gestação pela via natural, não pode ficar desvirtuado por interesses egoísticos e extremamente contrários à qualquer idéia de proteção à dignidade da pessoa humana.

E ainda, como uma possível situação passível de responsabilização civil do médico, estão as gestações que se desenvolvem fora do útero (gravidez ectópica), e das gestações múltiplas, de diversos bebês; o que gera uma série de riscos à saúde da grávida e da(s) criança(s) envolvida(s).

Sem falar nos distúrbios de ordem emocional, estes sim, de grande dimensão e difícil mensuração, que estão presentes em qualquer dos casos ilustrativamente citados. São passíveis de reparação, configurando-se, para esta hipótese a responsabilidade civil subjetiva do médico.

A atuação médica possui particularidades tão específicas que tornam o debate acerca da responsabilidade civil dali decorrente, um assunto palpitante, de inquietantes indagações, de análises casuísticas diversificadas; sempre na busca de um ideal de satisfação, de justiça. Nem sempre o paciente, que alega ter sofrido dano do qual pretende imputar ao médico o dever de reparar, sente ter sido feita a justiça. Assim como, em muitos casos, o médico se sente injustiçado, por não ter conseguido provar que a tese sobre o prejuízo alegado, não foi oriunda de má prática, ou de conduta desatenta.

Isto é assim porque a atuação médica reflete-se nos direitos fundamentais do indivíduo – à vida, à saúde, à personalidade, à integridade física e moral; e por tratar-se de direitos inalienáveis, indisponíveis é que, depara-se o médico, em cada caso, com uma situação única, nunca dantes vivenciada, merecedora da sua minuciosa análise, sob pena de sair do campo da licitude para o da ilicitude.

Ademais, se o diagnóstico encontrado fizer com que o casal tenha que recorrer à doação de gametas, se quiser continuar no propósito de ter filhos por meio da procriação assistida, é essencial que o médico seja capaz de explicar-lhes todos os efeitos decorrentes desta opção; advertindo-lhes acerca do anonimato do doador, da não garantia de semelhança fenotípica integral, enfim, dando-lhes real ciência das implicações que dali advirão.

No que tange, particularmente, à reprodução humana assistida, este atuar médico exige, de fato, cuidados das mais diversas ordens, tendo em vista a multidisciplinaridade de funções desempenhadas por toda a equipe médica, desde o prudente diagnóstico até a fase que sucede ao procedimento propriamente dito, incluindo-se aí o acompanhamento da gravidez, quando for o caso.

Já na coleta de material genético, para as hipóteses em que a procriação vá se dar pela via heteróloga, os médicos, aqui compreendidos como os profissionais responsáveis, sua equipe, e a instituição médica (local) em que se realizaram os procedimentos, podem vir a ser responsabilizados, caso não tenha sido verificadas, por exemplo, as características fenotípicas do doador. Ou ainda, na hipótese de não ter sido examinado o gameta que será utilizado, para a minuciosa verificação de sua qualidade, no sentido de não ser incompatível com a receptora.

Ainda, no atuar médico, uma importante fase nos procedimentos de reprodução humana assistida, é a do diagnóstico; aliás, em qualquer caso de atendimento e intervenção médica, esta é uma fase deveras importante. É no

diagnóstico que o médico, a partir da mais cautelosa análise da situação atual da paciente, de seu histórico, de suas queixas, enfim, poderá, através de uma gama diversificada de exames, verificar qual é o tratamento recomendado àquela mulher que deseja obter a gravidez pela via artificial. A ressalva que se faz é que, nem sempre o método mais eficaz, que possui a maior margem de sucessos, em consideração às gestações conseguidas, é o mais seguro para aquela paciente, em particular.

Em muitos dos casos, o diagnóstico é de difícil análise, devido à complexidade oriunda da própria natureza do caso. Nestes casos, é recomendável que o médico, ao emitir seu parecer, alerte ao paciente desta dificuldade, explicando-lhe os riscos aos quais provavelmente vai estar submetido, na busca do melhor resultado possível.

Sobre o diagnóstico dos quadros de infertilidade e também os de esterilidade, salienta-se para a especial importância do diagnóstico prudente; pois, um resultado errado ou mal interpretado poderá gerar danos irreparáveis aos envolvidos, já fragilizados e até, por vezes, frustrados de tantas tentativas infrutíferas anteriores, pela via natural; devendo, portanto, o médico, “não apenas dispor de utensilagem necessária como utilizar os métodos científicos mais apropriados em face dos conhecimentos objectivamente disponíveis e, por outro lado, tendo dúvidas sobre o diagnóstico efectuado, ou mesmo a título de puro controle científico, deverá solicitar a opinião de alguém igual ou, se possível, superiormente qualificado⁴⁰⁵”.

Dada a dificuldade de interpretação de alguns exames, não se pode presumir a culpa do médico que se equivoca ao emitir o diagnóstico. Há, necessariamente, que se observar como foi este atuar médico, se foi diligente, atencioso, enfim, se o erro somente ocorreu em virtude de falha na interpretação, motivada pela complexidade do quadro de saúde do paciente.

A importância que pode assumir um diagnóstico errado, no contexto familiar, é tamanha, que pode, por exemplo, provocar, problemas de ordem psicológica tão profundos, capazes de comprometer, inclusive, a fertilidade do casal que era fértil, mas que foi diagnosticado como infértil, e até como estéril. Imagine-se a repercussão que pode resultar, para casal, da divulgação de um diagnóstico que preveja a esterilidade do homem, e que provoque, entre eles, a discussão em torno

⁴⁰⁵DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p. 342.

da aceitação ou não de doação de esperma de terceiro, vindo a ocasionar a separação do casal; quando, na verdade, este diagnóstico estava errado. Os danos são bastante evidentes.

Ou ainda, a hipótese de um diagnóstico de esterilidade ter sido dado, nesta mesma situação de erro; e por acharem que não poderiam desenvolver gravidez, este casal passa a relacionar-se normalmente, sem recurso a qualquer método contraceptivo, vindo, mulher, a engravidar⁴⁰⁶.

Ressalte-se que, na investigação de uma doença genética, possivelmente transmissível por um dos pais, ou por ambos; o diagnóstico médico está sujeito a um fator de risco demasiadamente grande, o que acarreta, na análise dos casos concretos, uma obrigação de meios, neste sentido. O médico não pode garantir, como toda certeza, que a partir daquele diagnóstico, conseguiu esgotar toda e qualquer possibilidade de tal ou qual doença vir a ser transmitida, pois, não tem como afirmar, sem qualquer margem de dúvida, algo que advém da complexidade da natureza do ser humano.

Diferente é o caso daquele médico que deixou de proceder a uma série de exames necessários à correta formulação de diagnóstico acerca da infertilidade, e que, em função da atitude omissiva, vem a provocar danos à mãe, ou à criança, por falta de ação, ou por um agir pouco diligente. Caracterizada estaria, para esta hipótese, uma obrigação de resultado.

Entretanto, para esta particular hipótese, enquanto a comprovação da culpa, decorrente da omissão, ou da ação negligente do médico, é de relativa facilidade, o nexo de causalidade, entre a falta de realização de um exame e a manifestação do prejuízo, em momento posterior, é de difícil demonstração.

Uma outra situação de complexidade é a oriunda da situação em que a mãe tenha recorrido à doação de esperma, e a criança venha a desenvolver uma má-

⁴⁰⁶ Nos Estados Unidos, é bem comum o ingresso de ações judiciais, *Wrongful conception* (concepção errônea), *Wrongful pregnancy* (gravidez errônea), *Wrongful life* (vida errônea), em que se busca a indenização pelas gestações que vem a se desenvolver, a partir de um erro prévio de diagnóstico, do médico, que deixou de observar alguns cuidados, no seu atuar, emitindo pareceres equivocados acerca do estado de saúde dos envolvidos. Nestes casos, o casal vem a incidir em erro, deixando de tomar certos cuidados, no sentido de evitar a gravidez, vindo a desenvolvê-la, em seguida. As ações por *Wrongful life* são aquelas intentada pelas crianças, via representação, contra o médico, para que seja responsabilizado devido à conduta negligente ou omissiva que teve antes e durante a gravidez da mãe, resultando em má-formação, deficiência permanente ou distúrbios de outra ordem. Para as ações de *Wrongful birth* (nascimento errôneo), exige-se, na legitimidade ativa, a mãe e o pai, que buscam a responsabilização do médico, pelo nascimento de uma criança não desejada, não planejada. As expressões foram traduzidas pela autora, em consulta a obra de DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p. 369 e 380,381.

formação decorrente de desordem genética manifesta a partir do material genético do doador⁴⁰⁷; uma vez que não tenha sido feito um exame pré-natal, para esta análise. Decorre que, a ausência de exame dá-se, em determinadas hipóteses, não apenas pela postura omissiva do médico; mas por recusa da mãe. Na segunda hipótese, a de recusa, não pode a mãe, em momento posterior demandar no sentido de responsabilizar o médico.

E ainda, não para finalizar, uma vez que são inúmeras as hipóteses de erro nesta fase, entende-se que a obrigação do médico, e esta sim, de resultado, é a de velar pela integridade física e moral dos envolvidos, especialmente, da mãe e da criança, que estão mais diretamente expostas a uma postura pouco diligente; mas também o pai ou o doador de material genético, podem vir a sofrer prejuízos dignos de ressarcimento pela responsabilização civil.

O Código de Ética Médica, neste sentido, reforça o dever de atuar de forma diligente, ao consignar que “o médico deve aprimorar continuamente seus conhecimentos e usa o melhor do progresso científico em benefício do paciente⁴⁰⁸”.

Acredita-se, em suma, que independentemente de qualquer discussão doutrinária, e uma vez considerada a relação médico-paciente, como uma relação de consumo atípica, *sui generis*, há que ser apurada a responsabilização civil na reprodução humana assistida, mediante análise subjetiva, salvo para os casos em que a obrigação tenha sido de resultado, como recomenda o 4, artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor; mas com a possibilidade de inversão do ônus da prova, com fulcro no artigo 6, VIII, da mesma Lei.

E sobre esta dificuldade, tão debatida em sede doutrinária e jurisprudencial, da quantificação do dano extrapatrimonial, poderia ser escrita uma outra dissertação, especialmente acerca do dano moral advindo dos erros médicos na reprodução humana assistida; mas, tendo em vista a vastidão de implicações, inclusive de ordem ética, a que ter-se-ia que remeter o leitor, limita-se, este estudo a uma análise breve desta particular questão, como se verá a seguir.

⁴⁰⁷ “(...) os estudos mais recentes apontam para que se verifica uma taxa mais elevada de deficiências de ordem cromossômica nas crianças nascidas através de processos de procriação medicamente assistida, com recurso a inseminação”, conforme T.B. Hergreave, Artificial Insemination by Donor, 1985, 291 British Medical Journal, p. 613, In: DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p. 379.

⁴⁰⁸ Código de Ética Médica, artigo 5º In: PESSINI, Leocir et BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*, p.626.

6.O dano advindo da utilização das técnicas de procriação medicamente assistida e a sua reparabilidade

6.1.O dano

6.1.1.A noção de dano

Ainda que superficialmente, por não ser este o foco central do presente estudo, apesar da extrema relevância que seus desdobramentos têm, proceder-se-á, a análise da função do processo indenizatório, quando da ocorrência de um dano reparável. Para tanto, é mister que se compreenda, o que é o dano, bem como, as dimensões que pode ter.

As discussões sobre o dano e sua abrangência terminológica remetem ao Código Civil Francês que utiliza a noção de interesse. Este interesse, entendido como “toda e qualquer lesão a um bem juridicamente tutelado⁴⁰⁹”.

A obrigação faz nascer um dever originário, no mundo jurídico. A responsabilidade, surge, quando a obrigação é violada.

Partindo-se destas noções basilares, tem-se que o dano não admite distinção em espécies, até mesmo porque “não é o ato ilícito, eventual produtor do dano, que explica e justifica essa reparação. É a sua repercussão, e seu efeito. O dano está no sacrifício de bens da vida e não admite distinção entre suas espécies⁴¹⁰”. Assim, os efeitos gerados pela ocorrência do dano é que determinam se ele tem incidência na esfera patrimonial e/ou extrapatrimonial.

Este elemento essencial para a caracterização da Responsabilidade Civil, remete à idéia de que constitui o dano, a lesão do interesse jurídico tutelado, interesse de caráter patrimonial ou não, e causado por ato positivo (ação), ou negativo (omissão) do agente.

Neste sentido, o Professor Luiz Edson Fachin⁴¹¹, afirmou que “a pessoa, e não o patrimônio, é o centro do sistema jurídico, de modo que se possibilite a mais

⁴⁰⁹REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do Dano Moral*, p.107.

⁴¹⁰DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, p.39.

⁴¹¹FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*.p.51.

ampla tutela da pessoa, em uma perspectiva solidarista que se afasta do individualismo e condena o homem à abstração”.

A tendência da despatrimonialização do Direito Civil, mereceu ressarcimento não apenas o dano patrimonial, aquele relacionado somente à lesão dos bens e dos direitos economicamente considerados. Há previsão constitucional⁴¹², inclusive, para a proteção da esfera moral dos indivíduos. A origem do dano moral está na *actio injuriarum*, que no Direito Romano, estava destinada à proteção da personalidade contra ofensas antijurídicas, e embora pudesse remeter, por esta razão, a esfera patrimonial, cuidava, num primeiro momento, unicamente, da dor imaterial⁴¹³.

Entretanto, há que se salientar que embora o ordenamento pátrio reconheça a Responsabilidade Civil proveniente do dano moral, isto não significa que todo e qualquer aborrecimento na esfera pessoal será considerado dano moral indenizável, sob pena de banalizar o instituto, como já se tem visto, em alguns casos, nas sociedades contemporâneas⁴¹⁴.

O foco da responsabilidade civil, ao que parece, e de acordo com o sugere a doutrina e jurisprudência dominantes, deve estar no dano, e em como ele será reparado. O homem individual já não é mais a preocupação principal, e sim, “o homem coletivo e socialmente considerado⁴¹⁵”, naquela idéia de função social da responsabilidade civil. Este é o querer da doutrina e da jurisprudência mais abertas às mudanças sociais, muito embora haja, ainda, uma boa parcela de juristas que não ampliou a dimensão do instituto em comento.

⁴¹²Constituição da República Federativa do Brasil – “Artigo 5º-Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

⁴¹³SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. p.31.

⁴¹⁴A desmoralização do dano moral tem sido provocada pelo acesso à justiça não necessariamente por querer ver compensada a dor sofrida, mas para tentar a sorte, em alguns casos. Por isso, salienta a autora, para importância não apenas da proteção do instituto do dano moral, mas da sua correta e prudente fundamentação: “(...) só deve ser reputado como dano moral, a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflição angústia e desequilíbrio em seu bem-estar, não bastando mero dissabor, aborrecimento, mágoa ou sensibilidade exacerbada”. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana – uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. p.43.

⁴¹⁵DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, p.39.

A responsabilidade civil motiva-se pela necessidade de restabelecer o equilíbrio violado, pela prática do ato que gerou o dano; neste afã busca-se auferir, diante dos elementos que guarnecem a situação fática, quem deve suportar o dano, em busca da satisfação a mais integral possível, para a vítima, e também, para a concretização do sentimento de justiça na ordem social.

Para configurar-se a responsabilidade civil é elemento necessário imprescindível, a existência de dano. Se não há nada a reparar, não há o que indenizar. Pela lógica, é o que se deduz. José de Aguiar Dias, sobre o dano, salienta que o dano indenizável é aquele antijurídico, ou seja, é o resultado produzido em desacordo com as previsões do ordenamento vigente.

Como se disse, este dano pode ser patrimonial e/ou extrapatrimonial. “O dano se estabelece mediante o confronto entre o patrimônio realmente existente após o dano e o que possivelmente existiria, se o dano não se tivesse produzido: o dano é expresso pela diferença negativa encontrada nessa operação⁴¹⁶”.

Muito embora se admitam os lucros cessantes e os danos emergentes, o dano deverá ser certo. O que ocorre nas hipóteses de *damnum emergens* e de *lucrum cessans* é que os efeitos do dano operam-se no futuro. Para diferenciar, José de Aguiar Dias estabelece que “enquanto o dano positivo se oferece na base firme, dada a sua relação com fatos passados, o lucro cessante se liga a elementos flutuantes, em face da incerteza que sempre domina a quem opere dados imaginários⁴¹⁷”.

No que tange às espécies de indenização, como se disse, em que pese a reparação natural ser sempre melhor, em relação à pecuniária, por vezes, não é possível reconstituir a situação violada, justamente em função da natureza das relações envolvidas. Subsidiariamente, a indenização em pecúnia busca a tradução da dor sofrida, do sentimento violado, da natureza adulterada pela prática lesiva do ofensor⁴¹⁸.

⁴¹⁶ *Idem, Ibidem*, p.975.

⁴¹⁷ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, p.978.

⁴¹⁸“(…)Em primeiro lugar pode acontecer que a reparação em espécie não seja humanamente possível. Tal será o caso na maioria dos danos corporais. Não pode devolver-se a vida que se arrancou da vítima; o braço que se lhe cortou está perdido definitivamente. Nesta situação estamos perante o irreparável, ao menos perante o irreparável em espécie. Ocorre o mesmo com todo o dano moral; nada apaga a dor; o homem é impotente nesse terreno. (...) A vítima não pode obter senão um equivalente, porque ninguém tem o poder de apagar o dano, o de realizar a situação que teria acontecido se não tivesse ocorrido o prejuízo. O juiz encontra-se na posição de um médico perante o

Há que se considerar que, o que diferencia o dano moral do dano material são os efeitos decorrentes de lesão, assim, “é possível ocorrer dano patrimonial em consequência de lesão a um bem não patrimonial como dano moral em resultado de ofensa a bem material⁴¹⁹”.

A vingança não pode se confundir com a justiça, tampouco a pena com a reparação. A partir desta noção, é que Clayton Reis, aponta para as funções da responsabilização civil,⁴²⁰ baseadas no trinômio “pena-compensação-reparação”, no sentido de proporcionar a recomposição integral do dano ocasionado.

Para prosseguir na idéia proposta, é importante analisar, mais especificamente, as hipóteses de ocorrência dos danos à pessoa, por interessar diretamente, ao foco deste estudo. Na reprodução humana assistida, a eventual ocorrência de evento lesivo, remete, diretamente, à ocorrência de danos às pessoas envolvidas, inclusive à criança fruto destes procedimentos de procriação assistida.

6.1.2.Danos à pessoa

Apesar da polêmica gerada outrora, acerca da indenizabilidade do dano extrapatrimonial, é voz dominante, nas sociedades ocidentais contemporâneas, que o dano moral é digno de tutela reparatória; em que pese, a também corrente, opinião de que é impossível restituir o patrimônio da vítima, ao *status quo ante*, tendo em vista a dimensão imensurável da perda imaterial⁴²¹. O caráter compensatório da indenização surge no momento em que se tenta restituir o bem lesado, compensando a vítima pela dor sofrida.

incurável; pode compensar o mal, porém ninguém pode suprimi-lo”. (traduzido pela autora) . MAZEAUD, Henri y Leon; TUNC, Andre. *Tratado Teórico e Prático de Responsabilidade Civil delictual e contratual*. p.490.

⁴¹⁹DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, p.992.

⁴²⁰REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do Dano Moral*, p.11..Também neste sentido, salienta-se para as funções da indenização: “a compensatória do dano à vítima; punitiva do ofensor”; e a terceira, de caráter mais social, a da “desmotivação social da conduta lesiva”.GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op..cit*.p.21..

⁴²¹Em paráfrase ao pensamento de Clayton Reis, na introdução do livro, p.1.

Tem-se consagrado um novo propósito para a responsabilidade civil, que “deslocou-se do seu eixo da obrigação do ofensor de responder por suas culpas para o direito da vítima de ter reparadas as suas perdas⁴²²”. O foco passou do ofensor e na necessidade de comprovação de sua culpa, para a vítima e seus sentimentos. A mudança de paradigmas atingiu também o ato ilícito que passou a ser considerado a partir da existência de dano injusto. A reparação pelo dano sofrido passou a ser mais relevante do que o dano causado.

Não bastasse a dificuldade de ter que reparar a dor em pecúnia, no afã de ver satisfeito o sentimento de justiça da vítima, enfrentam, os magistrados, a grande dificuldade de estabelecer critérios que possam atender, de forma suficiente e justa, a pretensão indenizatória a vítima, na medida em que quantificam o dano extrapatrimonial⁴²³.

Norteados pela idéia de reposição integral do bem perdido, deve o juiz, buscar uma interpretação da lei que possa estar adequada às nuances do caso a caso, embora “de conformidade com os princípios que norteiam a responsabilidade civil de restituir de forma ampla e irrestrita as perdas ocorridas no plano patrimonial e extrapatrimonial⁴²⁴”.

Para a análise e tentativa da mais correta apreciação do dano médico, exige que se considere o estado anterior de saúde em que se encontrava o paciente, de

⁴²²MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana – uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. p.12.

⁴²³É nesta linha de argumentação, que salienta, Maria Celina de Moraes, que a liquidação do dano moral é problemática e tem gerado muitas divergências em sedes doutrinária e jurisprudencial. Neste sentido, a autora reproduz acórdão do STJ, relatado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: “certo é que a indenização, como se tem assinalado em diversas oportunidades, deve ser fixadas em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, com abusos e exageros, devendo o arbitramento operar com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao forte econômico das partes, orientando-se o juiz, pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, como razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às suas peculiaridades em cada caso, devendo, de outro lado, desestimular o ofensor a repetir o ato”. (REsp. 228244, 248764, Resp. 259.816, julgado em 22/08/00 e publicado no DJ, de 27/11/00. Percebe-se, deste trecho, a importância que tem se dado às duas funções, para o dano moral ressarcido: a compensação da vítima (função compensatória) e a punição do agente (função punitiva, preventiva, pedagógica ou exemplar). Cuidado se exige na aplicação desta função, quanto ao ressarcimento, uma vez que devem ser observadas as particularidades de cada caso. Assim: “deve-se punir o ofensor, mas não a ponto de enriquecer a vítima”. Trata-se de uma combinação antagônica e problemática, esta tarefa de harmonizar a dupla função do dano moral ressarcível. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana – uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. p.31-34.

⁴²⁴REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do Dano Moral*, p.4.

modo a compreender, de forma mais justa, a dimensão do prejuízo ocasionado pela intervenção médica negligente ou pouco diligente.

A dificuldade de análise e mensuração do dano sofrido assume maior dimensão, quando o dano objeto de análise, é o extrapatrimonial. Doutrina e jurisprudência, em esforço constante, têm debatido, já há muito, acerca dos possíveis critérios para o estabelecimento da mais completa noção de reparabilidade do dano moral vivenciado.

Neste aspecto, ressalte-se, não se pretende, neste estudo, aprofundar a pesquisa acerca dos critérios existentes, bem como a discussão sobre a liquidação do dano. Apenas, e em função da necessária conexão com a Responsabilidade Civil, que é o tema central sob exame; é que se pretende discorrer, preliminarmente, sobre o dano, e em especial, sobre o dano moral sofrido pelos envolvidos em procedimentos de reprodução humana assistida.

Na procriação assistida, são vários, como se viu, os momentos em que o dano pode ocorrer, a partir da conduta ativa ou omissiva do médico, questionando-se, a partir da análise de João Álvaro Dias, quais “os possíveis danos causados, adequando aos exames de diagnóstico, por uma actuação médica negligente, a saber: a perda ou a privação da possibilidade de conceber naturalmente, em consequência das lesões causadas por exames médicos negligentes, constituirá um dano que possa ser compensado?”⁴²⁵.

E para as hipóteses de esterilização involuntária, em virtude, por exemplo, de perfuração do útero, quando da implantação dos embriões fecundados *in vitro*? Ou da mulher que vem sofrer uma série de desordens, cistos ou mesmo cânceres provocados pela hiperestimulação ovárica, necessária, nos procedimentos de reprodução assistida, para a obtenção de maiores chances de sucesso? Como quantificar o dano?

O que dizer das crianças nascidas com má-formações, a partir de procedimentos de reprodução assistida? E das mulheres que ao serem erroneamente diagnosticadas como inférteis ou estéreis, passam a sofrer uma série de desordens psicológicas?

Em que pese a grande dificuldade de análise e quantificação da dor sofrida, é mister considerar, quando da responsabilização do médico, também, as despesas

⁴²⁵DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p. 398.

materiais decorrentes do dano moral, como por exemplo, as despesas oriundas de outros tratamentos a que venha se submeter a mulher, o casal, ou a criança⁴²⁶.

A noção de dano remete-nos, diretamente, à idéia de prejuízo, especialmente, se observarmos as conceituações formuladas em doutrina anterior, que dimensionavam o dano apenas patrimonial. Com o evoluir do conceito de dano, em função da interpretação proferida ao longo dos tempos em nossos Tribunais, é que o dano passou a ser entendido também em sua esfera extrapatrimonial.

Assim, conceituar o dano como expressão que “significa todo mal ou ofensa que tenha, uma pessoa causado a outra, da qual possa resultar uma deterioração ou destruição à coisa dele, ou em prejuízo a seu patrimônio⁴²⁷”, é interpretá-lo de forma reducionista e destoante com a realidade contemporânea que prevê como princípio para a reparabilidade, o dano de forma integral, patrimonial e extrapatrimonial.

Clayton Reis afirma que, seja qual for a natureza do dano, ele deverá sempre “decorrer de uma ação ilícita do agente que o causou⁴²⁸”, no sentido de que esta ação tenha sido contrária às disposições de um determinado ordenamento jurídico.

Há dano, portanto, quando se constata que o indivíduo sofreu prejuízo, frustração em algum de seus interesses vitais, compreendendo-se, estes interesses, como os mais diversos possíveis. Desde a realização pessoal, ao sucesso profissional, ou a condição financeira, a honra, enfim; o fato é que quando qualquer desses interesses é comprometido pela ação ilícita de alguém, verificar-se-á o dano. Quando esse dano opera-se na esfera íntima do indivíduo e remete-o ao sofrimento espiritual, à dor pessoal, realiza-se o dano.

Com relação ao dano moral, enquanto lesão a um interesse não patrimonial, José de Aguiar Dias⁴²⁹ busca determinar de que forma está abrangido o dano moral,

⁴²⁶“Tendo o juiz verificado a responsabilidade do demandado e o direito do demandante a reparação, falta somente o pronunciamento da condenação. Duas soluções se lhe apresentam. Ou bem disporá a reposição das coisas no estado anterior; adotará as medidas próprias para colocar o demandante na mesma situação como se o demandado não tivesse incorrido na culpa. Do fato ilícito não restará senão a lembrança; seus efeitos se apagarão; o dano desaparecerá realmente. É a reparação em espécie. Ou bem o juiz não trata de apagar o dano sofrido pela vítima, porém se esforçará para recompensá-lo, tomará medidas destinadas a procurar para a vítima uma vantagem que seja o equivalente do prejuízo sofrido; condenará, por exemplo, o responsável a abonar a vítima com uma certa quantia em dinheiro, por danos e prejuízos. O prejuízo não desaparecerá, porém ficará compensado. É a reparação mediante equivalente” (traduzido pela autora) . MAZEAUD, Henri y Leon; TUNC, Andre. *Tratado Teórico e Prático de Responsabilidade Civil delictual e contratual*. nota 2302.

⁴²⁷DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*, p.2.

⁴²⁸REIS, Clayton. *Avaliação do Dano Moral*, p.4.

a partir da previsão legal do Código Civil Brasileiro. Parte da análise do *codex* de 1916, em que, no artigo 1056 era feita a referência às perdas e danos. A doutrina nacional, a exemplo que já acontecer em esfera internacional, questionou-se acerca da dimensão da expressão dano.

O autor comenta sobre a necessidade de ampliação do conceito de dano para abranger não apenas os danos imediatos, decorrentes de prática ilícita, mas também, alguns danos que podem surgir em posterior momento, embora reflexos do momento anterior. Sobre esta questão, é necessário buscar um maior aprofundamento, especialmente no que tange aos lucros cessantes.

Neste aspecto: “a privação do acesso futuro a um determinado bem resulta em inevitável dano⁴³⁰”, uma vez que compõe os interesses das pessoas, questões que remetem, necessariamente, ao futuro. Saliente-se para o fato de que estes danos, mesmo que futuros, para que sejam indenizáveis em face da prática lesiva a direito próprio, devem ter conexão com o evento danoso; pois, ao contrário, estar-se-ia admitindo a existência de “danos hipotéticos que são irressarcíveis pela sua natureza⁴³¹”.

Na Constituição Federal de 1988, a ressarcibilidade do dano moral foi prevista expressamente no artigo 5º, inciso X, já citado; seguida pelo Código Civil de 2002, com a menção à defesa dos direitos de personalidade, em seu artigo 12, especialmente⁴³².

Tendo em vista que a tutela da pessoa humana não pode ser fracionada, não se pode vislumbrar uma enumeração taxativa de direitos oriundos da personalidade, com já se viu. As previsões exaustivas, fatalmente acabam por deixar de lado, uma infinidade de situações, até mesmo porque, tutelado é o valor da pessoa, e este é ilimitado. O essencial, é garantir, através de instrumentos jurídicos eficientes, a proteção integral aos interesses individuais, especialmente, à integridade psicofísica individual, e a possibilidade reparatório, para os casos de violação.

⁴²⁹DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, passim.

⁴³⁰REIS, Clayton. *Avaliação do Dano Moral*, p.15.

⁴³¹*Idem, Ibidem*, p.16.

⁴³²O artigo 12, do Código Civil brasileiro, de 2002: “ Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”.

6.2.Da reparabilidade do dano extrapatrimonial

6.2.1.As funções da reparação

No que tange à reparação, adota-se no Brasil a tese da reparação integral, a “ampla reparabilidade dos danos oriundos de atos ilícitos⁴³³”. Não teria como ser diferente pois, se imaginarmos que o dano extrapatrimonial, por ser de difícil mensuração, não pode ser ressarcido; ou mesmo se não fosse possível fazer esta quantificação, estaríamos prejudicando, mais uma vez, quem já foi lesado pela conduta danosa do agente ofensor.

Entretanto, “a responsabilidade contratual, em paralelo com a responsabilidade extracontratual ou aquiliana, está sujeita aos mesmos extremos desta: a contrariedade à norma, o dano, a relação de causalidade entre uma e outra. Ontologicamente, portanto, as duas modalidades confundem-se e se identificam nos seus efeitos⁴³⁴”. O elemento culpa, presente na conduta do agente, seja oriunda de contrato ou não, é que determina a pretensão da vítima, de ver ressarcidos, os danos ocasionados pelo ofensor. Por esta razão, é que, como se viu, tem sido questionado este fracionamento entre a responsabilização contratual e extracontratual; por desnecessário.

Deve-se buscar a efetividade do ressarcimento, e não a discussão acerca do tipo de fonte que originou a obrigação de indenizar; obrigação esta que nasce do comportamento culposos, ativo ou omissivo, do agente. Se a norma violada advém de contrato, ou se está simplesmente positivada em lei, não há diferença, para o autor em comento, já que “o que importa, na esfera da responsabilidade civil, é a recomposição do patrimônio do lesado⁴³⁵”. As ações ou omissões culposas, neste diapasão, acarretam a violação de uma norma jurídica, seja oriunda de um contrato ou não.

Esta mudança de paradigmas na seara da responsabilidade civil, mencionada por Clayton Reis, ocorreu em função da evolução social, e provocou reflexos em

⁴³³REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do Dano Moral*, p.75.

⁴³⁴PEREIRA, Caio Mário. *Responsabilidade Civil*, p. 248. In: REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do Dano Moral*, p.37.

⁴³⁵REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do Dano Moral*, p.39..

diversas áreas do conhecimento, tendo ocasionado um grande aumento nos riscos existentes na sociedade contemporânea.

No evoluir deste novo conceito de responsabilidade civil, alguns fatores, conforme aduz o autor, influenciaram. Houve uma ampliação na dimensão da reparação. Portanto, aquela reparação que anteriormente destinava-se à satisfação dos interesses individuais apenas, ganhou dimensão social. A reparação agora ligada à esta função social, deve ser capaz de compensar a vítima, mas também, de satisfazer o sentimento social de justiça.

A função “supra-individual”, da reparação do prejuízo revela-se, especialmente quando da ocorrência do dano extrapatrimonial, na “defesa dos valores morais da sociedade que foram atingidos na pessoa da vítima⁴³⁶”.

Este fator de mudança, aliado à questão da “humanização do processo indenizatório”, trouxe à tona a defesa da integridade física e moral de cada indivíduo, embalada pelos preceitos emanados das lições de Direitos Humanos, provenientes das Declarações do século passado, mormente a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948.

E justamente por isso, um terceiro fator de mudança de paradigmas na responsabilização civil é a valorização do princípio da reparação integral, pelo qual, em havendo prejuízo, deverá haver a busca pela satisfação mais integral possível, dos danos sofridos.

Clayton Reis cita Jorge Bustamante Alsina para confirmar esta transformação nas normas acerca da responsabilidade civil: “A responsabilidade subjetiva, fundada na culpa do responsável, cedeu lugar a uma responsabilidade objetiva sem fundamento na conduta reprovável, mas atribuindo responsabilidade pelo risco oriundo do trabalho ou pelo perigo de certas coisas que, cada vez com mais freqüência, o homem emprega em sua atividade, levado pelo progresso científico e tecnológico⁴³⁷”.

O grande desafio é o que se opera na seara dos danos extrapatrimoniais e que remete aos sentimentos, à dor íntima vivenciada pela vítima da conduta lesiva

⁴³⁶ REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do Dano Moral*, p.49.

⁴³⁷ ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, p. 101, In: REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do Dano Moral*, p.45. (traduzido pela autora)

do ofensor. O subjetivismo da correspondência entre o que era antes e o que é agora, é que marca esta dificuldade de cálculo do *quantum indenizatório*.

Não bastasse este obstáculo primordial que se dá pela própria natureza do dano ocorrido, há ainda uma outra questão que há muito acalora o debate doutrinário e jurisprudencial em todo o mundo. Referimo-nos à falta de critérios para o estabelecimento deste montante em dinheiro.

Vários são os argumentos que compõem as teses para a estipulação ou para a não estipulação de critérios pré-determinados. No Direito francês há a fixação prévia destes critérios⁴³⁸.

Independente da doutrina que se siga, ou do critério que se imagine mais prudente abordar, o objetivo principal é a quantificação do dano de forma a traduzir melhor a justiça social. Este assunto, de extrema relevância, suscita debates, os mais fervorosos; entretanto, por ser este o objetivo do presente do presente estudo, limitar-nos-emos à estas breves observações.

A falta de critérios pré-determinados tem gerado uma série de incongruências em nossos Tribunais, os quais têm oscilado bastante na determinação do montante devido pelo ofensor, nas hipóteses de responsabilização civil. Se alguém perdeu um filho, na gestação, em função da má-formação fetal, decorrente do negligente tratamento operado pelo médico, no decorrer de um procedimento de reprodução humana assistida, este alguém merece uma indenização bem diferente da que alguém que teve o seu nome inserido, injustamente, nos órgãos de proteção ao crédito.

Longe de adotar uma postura de desmerecimento ao segundo caso, não há como comparar a extensão e a dimensão dos danos exemplificados. E por esta razão, traduzido nesta situação hipotética, busca-se argumentar e salientar, novamente, para a postura do juiz, enquanto intérprete da lei, mas também, intérprete dos sentimentos humanos.

⁴³⁸Em sede doutrinária, Clayton Reis cita Sérgio Severo, que elenca dois critérios básicos de avaliação, como norteadores da fixação do *quantum debeatur*, ao afirmar que: “No estabelecimento do método de avaliação confrontam-se duas concepções: uma subjetiva, voltada para a aferição *in concreto*; e, outra objetiva, voltada para a aferição *in abstracto*. O método subjetivo – apreciação *in concreto* – visa avaliar a satisfação na busca dos prejuízos reais alegados pela vítima. O método objetivo – apreciação *in abstracto* – baseia-se em *standards* jurídicos, como ex., a noção de homem-médio (*bônus pater familiae* – *reasonable man* – dados estatísticos, através de tabelas e critérios preestabelecidos”. SEVERO, Sérgio. *Os Danos Extrapatrimoniais*, p. 203, In: REIS, Clayton. *Avaliação do Dano Moral*, p.94-95.

A discussão acerca do melhor significado da palavra indenização, remete-nos às noções de prejuízo, de dano; posto que, racionalmente não há o que indenizar se não há diminuição, prejuízo, assim, a indenização “recompõe a diminuição do patrimônio da pessoa em decorrência da ação lesiva e ilícita perpetrada por um agente ofensor⁴³⁹”.

Os ordenamentos jurídicos prevêm, através de seus instrumentos legais, as práticas proibidas e as situações que estão garantidas, sob pena de sanção, para as hipóteses em que haja qualquer desrespeito aos seus preceitos. Nessa ótica, para que se verifique um dano, é necessário que o ofensor tenha desrespeitado as disposições do ordenamento vigente, agindo ilicitamente, antijuridicamente.

Clayton Reis, determina que “o dano, por si, não autoriza o dever de indenizar, senão quando decorrente de ato contrário à lei, realizado pelo agente ofensor⁴⁴⁰”, assim, a responsabilização civil do ofensor, enquanto forma de reparação de um prejuízo provocado.

O dever do indivíduo que vive em sociedade, segundo Kelsen, é o de comportar-se conforme os mandamentos estabelecidos como válidos em seu núcleo social; devendo, portanto, sua conduta, ser de acordo com as normas pré-estabelecidas. É desta idéia de conduta consoante à norma, que surge a noção de responsabilidade, uma vez que o indivíduo será responsabilizado sempre que atuar de forma contrária ao que determinam as leis, gerando, assim, conseqüências na esfera de quem foi lesionado, prejudicado.

Nesta ótica, noção de sanção em Kelsen, revela, de forma indubitável, sua função de reprimir o atuar irresponsável de alguém, que, se agisse em inobservância dos preceitos convencionados, iria provocar prejuízos para outrem, conforme se aduz do seguinte trecho: “Muitas vezes o dever jurídico em que se constitui um indivíduo de ressarcir os prejuízos materiais ou morais causados por ele ou por outrem é interpretado como sanção e, por isso, também este dever é designado de responsabilidade⁴⁴¹”.

⁴³⁹ REIS, Clayton. *Avaliação do Dano Moral*, p.121.

⁴⁴⁰ REIS, Clayton. *Avaliação do Dano Moral*, p.124.

⁴⁴¹ HANS, Kelsen. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 183

Dano e reparação são idéias necessariamente conexas, uma vez que, na seara da responsabilização civil, diante da existência de dano, há, via de regra, exigência reparatória.

No que tange ao dano extrapatrimonial, a dificuldade de mensuração de sua extensão, já que “jamais encontraremos uma perfeita equivalência entre a lesão e a indenização⁴⁴²”, não pode ser motivo para a inoperância do legislador, tampouco dos juízes. Sob este argumento, se assim ficassem acomodados, o Legislativo e o Judiciário, acabaria por privilegiar o lesionador, pela conduta que provocou determinado dano extrapatrimonial.

Entretanto, e por não haver parâmetros exatos para a mensuração de danos desta natureza, o juiz deverá, na análise casuística, estimar o valor indenizatório, a partir do seu prudente arbítrio, tendo em vista as particularidades de cada situação fática. Sobre este particular aspecto, obtempera o autor, citando o jurista argentino Jorge Bustamante Alsina que:

A essência do dano moral ou extrapatrimonial se demonstra através da estimação objetiva que fará o juiz das presentes modificações ou alterações espirituais que afetem o equilíbrio emocional da vítima. A entidade ou magnitude do dano moral resultará da extensão e intensidade com que aquelas se manifestam nos sentimentos desta última⁴⁴³.

Ao que se percebe, especialmente em matéria de proteção à direitos fundamentais, é que, a tarefa de interpretação do juiz deve ir além da mera exegese do texto legal, quiçá quando exista texto legal específico, pois, neste caso dos efeitos jurídicos das práticas de reprodução humana assistida, e da eventual necessidade de responsabilização civil do médico e/ou de sua equipe, sequer existe uma lei para disciplinar tais circunstâncias.

Com relação às funções da reparação do dano, seja de natureza patrimonial ou extrapatrimonial, a primeira função além da principal e redudante, de reparar, é a de inibir as práticas que sejam atentatórias aos dispositivos legais, e portanto, que não sejam contrárias aos mandamentos vigentes em sociedade. Pela

⁴⁴²REIS, Clayton. *Avaliação do Dano Moral*, p.62.

⁴⁴³ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoria Geral de la Responsabilidad Civil*, p. 243 (trad.do autor) *apud* REIS, Clayton. *Avaliação do Dano Moral*, p.62.

responsabilização civil, almeja-se o bem perdido, uma vez que o ofensor é condenado a restituir o que foi violado, *in natura*, se for possível, ou através da estipulação de um *quantum* em dinheiro, de modo a satisfazer o sentimento de perda, no caso do dano extrapatrimonial, ou a própria coisa perdida ou danificada, no dano material⁴⁴⁴.

Observe-se, entretanto, que no caso do dano extrapatrimonial, é impossível reparar plenamente o dano sofrido, pela própria natureza das situações envolvidas, como por exemplo, o sentimento de frustração sentido, de sofrimento espiritual. Nestas hipóteses, o ressarcimento através da estipulação de uma indenização, tem caráter compensatório. Até mesmo porque, está na essência comportamental do ser humano, este sentimento de busca pela justiça, e a justiça almejada, neste caso em especial, fica representada pela condenação do ofensor ao pagamento de quantia em dinheiro.

Longe de se imaginar que este montante vai reparar a dor sofrida pela vítima do dano extrapatrimonial, a necessária condenação, nos casos de responsabilização civil, ao pagamento de um quantum indenizatório, tem a função de fazer com que vítima sinta a satisfação de verificar que a justiça foi feita. Esta noção de penalização que aparece intrínseca, embora não seja, ou não deva ser, o fim principal da indenização, está e sempre esteve presente nos sentimentos humanos⁴⁴⁵.

A vida perdida, o corpo lesionado, o sonho perdido não tem preço, e isto é incontestável. E, aliás, não é isso que se imagina ao se arbitrar um valor em pecúnia, nas hipóteses de responsabilização civil. A determinação do pagamento de uma quantia em dinheiro, pela condenação do ofensor, visa, além da função principal que é a de compensar a vítima, penalizar o ofensor, patrimonialmente, pelo mal causado.

Nas sociedades contemporâneas, extremamente ligadas às questões materiais e à acumulação de bens, de riquezas, a penalização patrimonial, faz com que ofensor sinta a dimensão do mal causado. Dessa forma, além da função de pena, aí intrínseca, a função pedagógica aparece, no sentido de que demonstra-se,

⁴⁴⁴REIS, Clayton. *Avaliação do Dano Moral, passim*.

⁴⁴⁵----- *Os novos rumos da indenização do dano moral*, p.7-50.

perante o meio social, que a prática ilícita, desrespeitosa dos mandamentos legais e de boa convivência social, foi reprimida de maneira eficaz⁴⁴⁶.

Na lição de Clayton Reis, “ao lado da função compensatória, o *quantum indenizatório* possui igualmente um sentido punitivo, contendo uma idéia de função preventiva, exercendo importante papel na pedagogia da aprendizagem social⁴⁴⁷”.

Para a determinante do montante devido, nos casos de dano material, a operação é eminentemente matemática, na medida em que limita-se à simples verificação do estado atual das coisas e do estado anterior. O valor devido é exatamente o que agora falta para que o estado atual seja idêntico ao estado anterior. Neste aspecto, a melhor forma de ressarcir é através da restituição *in natura*, em espécie, da coisa deteriorada ou perdida. É dessa forma que se alcança completamente o princípio da satisfação integral da vítima, que norteia a responsabilização civil.

Entretanto, quando não for possível a restituição em espécie, em função da natureza da coisa perdida, atribui-se o valor em pecúnia, calculado através da operação matemática supra citada, pois, no que concerne à restituição de coisa material, não há dificuldade de verificação, de mensuração, nem mesmo de reparação. Para estas hipóteses, é fundamental que o julgador seja dotado de suficiente sensibilidade, a ponto de conseguir emanar uma decisão que possa ser a fiel, ou ainda, a noção mais próxima da verdadeira expressão da justiça.

6.2.2.O papel do magistrado no processo indenizatório

No direito contemporâneo não há mais espaço intelectual para as discussões do anteriormente travadas acerca das dimensões do dano. A cultura essencialmente patrimonialista, do início do século passado, fez com que houvesse alguma

⁴⁴⁶ -----, *Avaliação do Dano Moral, passim*. Neste mesmo sentido: DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*.

⁴⁴⁷ REIS, Clayton. *Avaliação do Dano Moral*, p.86.

difficuldade em aceitar o dano em sua dimensão ampla, integral, ou seja, nas esferas patrimonial e extrapatrimonial.

A dificuldade, entretanto, ainda repousa na falta de critérios pré-determinados, como se disse anteriormente, para estabelecer qual é a melhor forma de traduzir a dor em pecúnia, já que, muitas das vezes, não é possível recompor o patrimônio moral da vítima, dada a natureza das relações envolvidas. A reparação *in natura*, seria a que mais adequadamente satisfaria, e de forma integral, o dano ocasionado; entretanto, como se viu, nem sempre é possível.

Assim, o “dinheiro seria apenas uma forma de a vítima alcançar uma compensação da dor vivenciada em face da ação antijurídica, não mais do que isso⁴⁴⁸”. Para a estipulação da quantia que mais se aproxima do ideal de justo, o juiz, além da análise daqueles aspectos relacionados aos perfis, tanto do agente quanto da vítima, como já dito; deverá levar em consideração, para a fixação, os critérios de razoabilidade e de proporcionalidade que deverá existir entre o dano gerado e a reparação.

A responsabilização civil, desde o Direito Romano, tem evoluído a partir do princípio do *neminem laedere*, que busca proporcionar a existência de uma sociedade equilibrada, fundada em respeito e harmonia de interesses. Daí se depreende a função da responsabilidade civil, como forma de recompor o equilíbrio comprometido pela violação aos direitos positivados⁴⁴⁹.

E neste esteira, “o verdadeiro sentido da indenização repousa (...), em um aprofundamento do exame de todos os resultados vivenciados pela vítima na sua intimidade, em virtude das agressões de que foi vitimada⁴⁵⁰”. Em algumas hipóteses, a simples observação fática, da situação vivenciada pela vítima, já é suficiente para imaginar a extensão da dor.

A análise da personalidade do agente do fato danoso, e a cuidadosa aferição destes elementos que compõem o seu perfil, tornam a tarefa do juiz, ao quantificar o montante indenizatório, mais justa. Pela mesma razão, a cuidadosa apreciação dos elementos que caracterizam a personalidade da vítima também são essenciais para entender a dimensão do dano na esfera da intimidade de cada um.

⁴⁴⁸ REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do Dano Moral*, p.115.

⁴⁴⁹ *Idem, Ibidem*, p.265-268.

⁴⁵⁰ *Id, Ibid*, p.239.

Está observação do estado de ânimo das pessoas envolvidas é essencial para o melhor deslinde da questão sob exame, uma vez que o dano provocado pelo agente será melhor quantificado, se forem levados em consideração aspectos tão subjetivos quanto o dano em si, já carregado de subjetivismo pela própria natureza.

No que tange aos elementos subjetivos do ato ilícito, há que entendê-lo como “uma conduta contrária ao padrão de comportamento desejado do agente⁴⁵¹”, uma vez que existem determinadas normas as quais exigem padrões de conduta, que quando desrespeitados, de alguma forma, caracterizam o ato ilícito. Assim, o dano ocorrerá, fruto da ação ou omissão do agente que não respeita uma norma tida como válida, ou ainda, não age como deveria agir, demonstrando-se desatento e provocando o dano, por negligência, imprudência e imperícia.

O elemento da voluntariedade aqui aparece, na caracterização da prática de ato ilícito, na medida em que o agente, mesmo que não tenha querido produzir o resultado danoso, assumiu o risco de produzi-lo, não tomando os cuidados devidos. Nesta linha de argumentação, traça, Clayton Reis, que “será considerado culpado o agente que, pela ausência de controle da sua voluntariedade ou em consequência de seu discernimento errôneo em relação ao fato produzido, acarretar prejuízos a outrem⁴⁵²”.

Em seguida, passa-se à discussão acerca da responsabilização objetiva e subjetiva. Pela concepção clássica da culpa subjetiva, há que se investigar “a violação do direito provocada pelo agente ofensor para efeito de indenização dos danos produzidos⁴⁵³”. O autor retro citado, acredita que a verificação da culpa, a comprovação, pela vítima, de que houve erro de conduta do agente, pode, em muitas das vezes, deixar a vítima sem reparação, pela impossibilidade de comprovação de tal exigência. Só haverá determinação de quantia reparatória se ficar demonstrada a culpa do agente, pela vítima.

O autor utiliza-se da lição de Orlando de Carvalho, para salientar esta nova situação jurídico-social:

⁴⁵¹ REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do Dano Moral*, p.64.

⁴⁵² *Idem, Ibidem*, p.66.

⁴⁵³ *Id, Ibid*, p.68.

Perante o desenvolver da vida prática, com necessidades que diariamente se renovam, formas mais complexas e variáveis, não pode o jurista alhear-se como em “torre de marfim” nos esquemas de uma ciência puramente lógica. De vez e quando, há que curvar-se para o que lateja à sua roda, avaliar e criticar os seus próprios juízos de valor, vendo a que distância o formulário estreito de uma contingente ordenação fica dos novos interesses e das reais aspirações práticas. (...) No fundo, o que dita esta posição renovadora da ciência jurídica é o pensamento de que ela será acima de tudo uma ciência humana, compenetrada dos seus próprios deveres e limitações, do que lhe compete em atividade interpretativa, construtiva e até, por vezes, corretiva das normas; sabendo que não pode vingar nenhuma regra de conduta que teime em desconhecer as realidades humanas, como se sabe igualmente – embora não admita que o “dever-ser” se determina pelo “ser”, o *sollen* se determina pelo *sein* – que os princípios jurídicos têm de sofrer, como quaisquer outros, do inevitável “condicionamento material da vida”⁴⁵⁴.

Propõe-se uma interpretação conforme a Constituição para a constitucionalização dos textos normativos infra-constitucionais. Esta interpretação conforme a Constituição, configura-se mais que um princípio; é imanente à Constituição. Por isso, não se pode admitir que um juiz negue a sua aplicação, sob pena de estar violando a Constituição. Os limites são tênues, entretanto, entre a interpretação conforme e as interpretações manipulativas e/ou aditivas, em função da abertura dos textos jurídicos.

Fachin, convida o julgador, a uma atitude pró-ativa, ao afirmar que: “Não esmaece o texto no argumento centrado na ausência de regra legal específica constituindo a tutela de um a patrimônio mínimo. Esse aparente vazio pode ser legislativo, mas não será um óbice jurídico, posto que essa suposta lacuna não afasta a integração no sistema do Direito”⁴⁵⁵.

As interpretações construtivas, por vezes, podem se tornar invasoras da competência do Legislativo, fruto da vagueza e da ambigüidade dos textos normativos.

Há que se considerar a proposta para a superação do paradigma hermenêutico clássico, para admitir a importância da atribuição de sentido que deve ser feita pelo intérprete (juiz) quando da decisão; além do fato de que existe uma mutação constante do sentido que o texto constitucional confere aos textos jurídicos.

⁴⁵⁴CARVALHO, Orlando de. *Escritos: Páginas de direito*, 1998, p. 35, In: FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, p.235.

⁴⁵⁵FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, p.286-287.

Na verdade, este tipo de interpretação funcionaria como mecanismo de adaptação/correção da legislação e da intervenção judicial, que em dado momento pode vir a representar a condição de validade do texto constitucional.

O conjunto principiológico da Constituição, é que poderia revelar a melhor aplicação para o texto constitucional, já que a pura e simples idéia de verificação da intenção do legislador seria um critério delimitador da aplicação de uma lei.

A historicidade e a temporalidade são considerados elementos essenciais para os atos interpretativos, por isso, falar-se-ia em impossibilidade de reprodução do sentido querido pelo legislador; já que o processo interpretativo deve gerar um movimento de redefinição.

O juiz ao aplicar a lei, parafraseando Lênio Streck⁴⁵⁶, estará aplicando o sentido que o texto normativo adquiriu na tradução. A diversidade de decisões a multiplicidade de possibilidades hermenêuticas.

Há casos, porém, em que as decisões, fruto do processo interpretativo, destoam do sentido comum teórico, o “teto hermenêutico⁴⁵⁷”, já preestabelecido pela dogmática jurídica. O sentido de um texto somente é claro se existe um consenso sobre ele, caso contrário, surgirão as divergências interpretativas.

O Direito Positivo tem passado por diversas transformações, ao longo do tempo. A utilização dos princípios para aplicação nas mais diversas circunstâncias, por vezes, podem dar margem à valores abstratos, tornando a atividade dos juristas, um possível campo de permissividade, de flexibilização.

As cláusulas gerais seriam legítimas e democráticas, apenas quando o legislador indicar os parâmetros em que a aplicação da lei deverá estar apoiada, e nos limites em que a flexibilização será admitida.

Neste sentido, a segurança jurídica não poderia ficar comprometida, quando se pretender dar força normativa-jurídica ao preâmbulo da Constituição Federal, principalmente em função do compromisso existente com o Estado Democrático de Direito.

Este conceito de segurança jurídica, tem duplo sentido, na visão de Humberto Theodoro Júnior “(...) a) a segurança que deriva da previsibilidade das decisões que

⁴⁵⁶STRECK, Lênio Luiz. In: *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – uma nova crítica do Direito*, p. 470.

⁴⁵⁷*Idem, Ibidem*, p. 474.

serão adotadas pelos órgãos que terão de aplicar as disposições normativas; b) a segurança que se traduz na estabilidade das relações jurídicas definitivas⁴⁵⁸. A clareza do texto constitucional, seria, neste sentido, a redação através de regras as mais claras possíveis, e da conseqüente previsibilidade dos resultados.

Em postura oposta, para aqueles que são defendem as cláusulas gerais⁴⁵⁹, diversos são os tipos de argumentos a favor. Partindo-se da consideração de que o “centro de gravidade⁴⁶⁰” do desenvolvimento do Direito está na sociedade, o desenvolvimento do Direito acontece, ou deveria acontecer, de acordo com o desenvolvimento do grupo social, sob pena de tornar-se ineficaz.

Para os que defendem as cláusulas gerais como forma de satisfação do caso concreto, pela melhor decisão (a mais justa), a Constituição Federal está farta em modelos jurídicos abertos, possibilitando ao texto normativo da Lei Fundamental “janelas abertas para a mobilidade da vida⁴⁶¹”. Pelas cláusulas gerais é que o poder-se-ia, segundo seus adeptos, falar em mobilidade do sistema jurídico.

Os princípios teriam aqui, função fundamental, na medida em que poderiam dar ao Direito, uma espécie de moldura aperfeiçoada, considerando as particularidades do caso concreto, tendo em vista as características de que, além de não poderem entrar em contradição entre si, não têm pretensão de exclusividade, o que lhes confere flexibilidade na aplicação.

A discricionariedade do juiz, ao fazer interpretações jurídicas em um sistema jurídico aberto, deveria assim, estar orientada por princípios éticos e jurídicos, como o da igualdade, da justiça e da equidade. O recurso à interpretação criativa do juiz,

⁴⁵⁸THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A onda reformista do Direito Positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica*, p. 102.

⁴⁵⁹O Professor Elimar Szaniawski, em defesa das cláusulas gerais, especialmente por acreditar que elas trazem uma revisão da noção de segurança jurídica, justamente para garantir a existência desta segurança, discorre em defesa da tutela geral dos direitos de personalidade: “A preocupação em valorizar o sujeito como ser humano e em salvaguardar sua dignidade, colocando o indivíduo como centro, como principal destinatário da ordem jurídica, tem sido denominada de repersonalização do direito. Os mencionados fenômenos provocaram a inserção e a afirmação do direito geral de personalidade nas Constituições, pois, somente, mediante a adoção de uma cláusula geral poderão os tribunais, através da concreção, desenvolver uma jurisprudência atuante e dinâmica para a tutela de todas as modalidades de lesão à personalidade da pessoa humana”. SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, p.126-127.

⁴⁶⁰APARÍCIO, Márcia de Oliveira Ferreira. *Cláusulas Gerais: a incompletude satisfatória do sistema*, p. 04.

⁴⁶¹APARÍCIO, Márcia de Oliveira Ferreira *Op. cit.*, p. 05.

entretanto, deve estar acompanhado e uma justificação especial, observando-se sempre, como parâmetro de orientação, os princípios fundamentais.

Ademais, as cláusulas gerais são “a ponte entre o sistema e a realidade social, entre o sistema e os valores da sociedade⁴⁶²”, e seriam necessárias em face da constatação da impossibilidade de se reduzir a um texto normativo rígido e pré-estabelecido, todas as hipóteses da realidade social. Assim, no modelo da cláusula geral, a moldura que se pretende utilizar como limite interpretativo, seria aquela incorporada pelos valores, princípios e máximas de conduta de um determinado grupo social, em um determinado momento histórico.

Neste mesmo sentido, para Fachin, “a complexidade que se abateu sobre as relações jurídicas não mais dá espaço para o conforto racional das respostas simples e acabadas. A colisão de interesses legítimos com pode ocorrer com a adoção da tese em exposição, num dado caso concreto, bem revela dificuldades e paradoxos que orbitam no universo jurídico contemporâneo⁴⁶³”.

Destaca-se, neste aspecto, a importante função social do magistrado, além da tradicional função legal do exercício da interpretação da lei. A contemporânea exigência da função social desta atividade de interpretação do ordenamento jurídico, exige que os juízes estejam direcionados à busca do ideal de justiça, e não apenas, e necessariamente, ao fiel e exato cumprimento dos ditames legais. Esta postura não significa que o juiz deve decidir a questão baseado nos seus argumentos, de conteúdo eminentemente axiológico; e sim, que pode e deve ampliar a interpretação legal no afã de alcançar a referida função social.

É nesta linha de argumentação de afirma Clayton Reis, “que sem esta interpretação, recheada de sutilezas, o magistrado será mero intérprete da logicidade do texto legal⁴⁶⁴”, o que leva, necessariamente, ao engessamento do Direito; e mais, à sua inoperância. As sutilezas a que se refere o autor, são os aspectos que particularizam cada caso concreto, como o sentimento do ofendido de modo a sentir a intensidade do seu sofrimento, a extensão do dano sofrido, a postura do ofensor, entre outros fatores que estão fora da análise meramente

⁴⁶²*Idem, Ibidem*, p. 23.

⁴⁶³FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, p.234.

⁴⁶⁴REIS, Clayton. *Avaliação do Dano Moral*, p.71.

jurídica, mas que são imprescindíveis para a mensuração do dano vivenciado pela vítima.

A adoção de parâmetros para o que magistrado estipule um “valor que seja o mais compatível com a realidade de cada situação”⁴⁶⁵, é o maior desafio a ser alcançado, quando da verificação da prática delituosa e da intensidade do dano sofrido, gerador da responsabilização civil e da conseqüente indenização.

A análise do perfil comportamental do agressor, como preleciona Clayton Reis⁴⁶⁶, pode ser fator importante para a determinação do quantum indenizatório, na medida em que, conhecendo-se o seu “nível social, educacional e religioso” e até mesmo, o seu “estado de consciência” sobre os fatos envolvidos, poder-se-á chegar à apuração do seu maior ou menor grau de responsabilidade “na previsão e diligência dos acontecimentos da vida”. É neste sentido a argumentação do autor⁴⁶⁷: “Por isso, a pessoa absolutamente responsável e diligente, que possua determinado grau de compreensão a respeito dos fatos da vida social, terá a obrigação de agir com previsibilidade para forcejar no sentido de evitar a ocorrência de fatos que coloquem em risco os seus direitos e dos do seu próximo”.

Na reprodução humana assistida, mais ainda, é necessário que, especialmente, tendo em vista a ausência de legislação específica sobre o tema, os julgadores tenham esta postura flexível e dotada de uma grande margem de sensibilidade, para que, quando da análise do caso concreto, sejam capazes de refletir em suas decisões, a posição mais consciente, acertada e justa.

7. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Tendo em vista a exposição teórica proposta, é essencial buscar delimitar, através das considerações finais, as idéias tendentes à elaboração de uma conclusão; mesmo partindo-se da noção de que não se pretende concluir, taxativamente, um tema de tão dinâmicos desdobramentos e efeitos.

⁴⁶⁵ REIS, Clayton. *Avaliação do Dano Moral*, p.103.

⁴⁶⁶ *Idem, Ibidem*, p.114-115.

⁴⁶⁷ *Id, Ibid*, p.115.

Iniciou-se, este estudo, pelas considerações introdutórias acerca dos direitos de personalidade, como direitos inerentes ao ser humano, como reflexos da existência de cada indivíduo. Partiu-se, portanto, da tentativa de delimitação conceitual destes direitos, para uma breve retrospectiva histórica, no sentido de salientar a evolução da disciplina jurídica dos direitos de personalidade.

A partir da análise do início da personalidade, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, propôs-se, este estudo, à abordagem das diversas correntes doutrinárias acerca do início da personalidade do indivíduo; por acreditar-se que, somente a partir destas considerações, é que poder-se-ia passar à análise dos efeitos jurídicos advindos da reprodução humana assistida; e mais especificamente, da responsabilidade civil médica, nestes casos.

Decorre que, de fato, tendo em vista o incremento da biotecnologia, e da conseqüente nova possibilidade de as pessoas terem filhos, através do emprego de técnicas artificiais (assim designadas por serem diversas da tradicional forma de reprodução humana), situações inusitadas surgiram na ordem social. O Direito, em contrapartida, não conseguiu acompanhar a esta evolução, e, conseqüentemente, algumas situações lacunosas passaram a caracterizar os ordenamentos contemporâneos.

A reprodução humana assistida, como reflexo deste novo momento evolutivo, trouxe consigo diversas e complexas situações dignas de tutela jurídica. Procurou-se, neste contexto, demonstrar quais são estas novas técnicas, que propiciaram mudanças de paradigmas tão significativas, e que trouxeram situações com efeitos jurídicos para os quais o ordenamento não estava apto a solucionar, como, por exemplo, a problemática dos embriões excedentários, da experimentação científica, e da maternidade de substituição.

Percebeu-se, a partir das pesquisas, que o ordenamento jurídico brasileiro não possui qualquer legislação a respeito do assunto; disciplinando-se, os procedimentos de procriação medicamente assistida, a partir da Resolução Normativa nº 1358/1992, do Conselho Federal de Medicina. Trata-se, como se viu, de uma norma ética, de caráter deontológico, e que, portanto, não é dotada de imperatividade, sem os efeitos *erga omnes*, portanto. Diversos são os projetos de lei que se propuseram a disciplinar o tema; entretanto, observou-se, neste sentido, uma inércia legislativa preocupante, em função, justamente, da grandiosidade dos efeitos

diversos advindos do emprego de tais técnicas para o desenvolvimento do projeto parental.

Através da análise de outros ordenamentos jurídicos, em proposta de estudo de Direito comparado, objetivou-se demonstrar de que forma outros países têm disciplinado as situações advindas do emprego das técnicas de reprodução assistida.

Diante destas circunstâncias, necessária e evidente se fez, a conexão interdisciplinar entre o Direito e a Medicina; uma vez que médico e paciente, especialmente nos casos de procriação artificial, estão ligados, a partir da prática médica, sob a proteção jurídica do Estado Democrático de Direito. Por esta razão, passou-se à compreensão desta relação médico-paciente, para caracterizá-la como uma relação contratual atípica; tendo em vista a natureza do pacto celebrado.

Quando a paciente, ou o casal, deseja contratar os serviços de uma equipe médica, ou de um médico, para o desenvolvimento do seu projeto parental, através de reprodução assistida; desenvolve-se, a partir daí uma relação contratual *sui generis*, por abranger a realização, na maioria das vezes, dos desejos mais íntimos destas pessoas. Ademais, as obrigações pactuadas são bastante diversificadas, partindo da análise cautelosa do histórico de saúde dos envolvidos, passando pela escolha da técnica mais adequada para cada caso, até o acompanhamento criterioso de todas as etapas abrangidas, desde os momentos anteriores à concepção, até os posteriores ao parto.

Em função desta diversidade de obrigações, constatou-se que, existem algumas, caracterizadas pela falta de compromisso com o resultado; quando o médico deve atuar, tão somente, de forma diligente e adequada, fazendo todo o possível para a obtenção de bons resultados, entretanto, não estando comprometido com o sucesso destes resultados. Trata-se, como visto, nesta hipótese, das obrigações de meio.

Pode acontecer, todavia, que com relação a alguma destas obrigações, o médico tenha se comprometido com o resultado; garantindo aos envolvidos que o resultado obtido seria o planejado, a princípio. Quando das obrigações de resultado, obriga-se, o médico, ao alcance do prometido; apesar de a ciência médica não ser uma ciência exata, e por esta razão, nem sempre o resultado planejado é alcançado. A obrigação de fornecer material genético saudável, quando o sêmen for de doador, por exemplo, é uma obrigação de resultado; uma vez que, a paciente que vai

recebê-lo, imagina que o médico que vai empregá-lo, tenha agido cautelosamente na escolha do material compatível.

São inúmeras, portanto, as obrigações advindas da procriação medicamente assistida, e diversas as possibilidades de não serem cumpridas, pelos mais variados motivos. É neste sentido que o tema principal deste estudo ganhou relevância

Para compreender quais são os casos e de que forma pode ser responsabilizado o médico, a partir da adoção de tais técnicas, foi necessário partir-se da abordagem introdutória do instituto da responsabilidade civil, passando pela sua delimitação conceitual e análise histórica, para se chegar, ao estudo da responsabilidade civil médica, propriamente dita; e mais especificamente, na reprodução humana assistida.

Propôs-se, a partir daí, a verificação de algumas possibilidades concretas de erro médico, para concluir-se que, dependendo do tipo de obrigação pactuada entre médico e paciente, diferentemente deverá ser entendida a responsabilização civil. Quando as obrigações avençadas são de meio, não havendo compromisso com o resultado, a vítima do evento danoso deverá arcar com o ônus de demonstrar que o agente portou-se culposamente, tendo provocado, ou contribuído para a ocorrência do evento danoso.

Entretanto, quando das obrigações de resultado, apontou-se que a demonstração da culpa, por parte da vítima, é dispensada; cabendo, ao agente, no caso, o médico, que não tem culpa, ou ainda, que ocorreu alguma causa excludente da culpabilidade.

Por fim, sem pretensão de esgotamento, passou-se a análise do dano provocado. Justificou-se a análise do dano e sua reparabilidade no ordenamento jurídico, pois, independentemente de a obrigação pactuada entre médico e paciente, ter sido de meio ou de resultado, é essencial que o dano provocado seja ressarcido; para que possa ter eficácia o princípio da reparação integral do dano, a todo e qualquer ser humano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEMANHA. Embryonenschutzgesetz: Lei de 13 de Dezembro de 1990. Disciplina o ato de proteção do embrião, (The Embryo Protection Act), Disponível em: <<http://www.hinxtongroup.org/docs/Germany2.html>>. Acesso em 01/03/2009.

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 177-337.

ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões, *In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.229-247.

APARÍCIO, Márcia de Oliveira Ferreira. Cláusulas Gerais: a incompletude satisfatória do sistema. *In: LOTUFO, Renan (Coord.). Sistema e tópica na interpretação do ordenamento*. p.02-31. REVER

AS embrionárias é que curam. Veja, São Paulo, 30 de abril de 2008. Disponível em:<<http://veja.abril.com.br/noticia/ciencia-saude/embrionarias-curam-337251.shtml>> . Acesso em 30/04/2008.

BACIGALUPO, María Valeria Massaglia. *Nuevas formas de procreación y el Derecho Penal* – Protección jurídica de la entidad humana em desarrollo, Distintos enfoques sobre procreación asistida, Ingeniería y manipulación genética, Encuadre jurídico. Ad.Hoc: Buenos Aires, 2001.

BRASIL. Código Civil: Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. 11ed.rev.ampl.atual. São Paulo: RT, 2009.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078 de 11 de Setembro de 1990. 11ed.rev.ampl.atual. São Paulo: RT, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <www.camara.gov.br> e <www.senado.gov.br> Acesso em 20/03/2009.

BRASIL. Lei nº 11.804/2008 de 05 de Novembro de 2008. 11ed.rev.ampl.atual. São Paulo: RT, 2009.

BRASIL. Projeto de Lei nº 2.285/07. Disponível em: <www.camara.gov.br> e <www.senado.gov.br> Acesso em 20/03/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 908359 / SC - RECURSO ESPECIAL - 2006/0256989-8 – Relatora Ministra Nancy Andrighi (1118), Relator p/Acórdão: Ministro João Otávio de Noronha (1123) – S2 – Segunda Seção - Data do julgamento 27/08/2008 – Data da publicação: 17/12/2008”. Em:<<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=erro+medico&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=8>> . Acesso em 01/03/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 744181 / RN - AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO-2006/0027391-2 - Ministro SIDNEI BENETI (1137) - T3 - TERCEIRA TURMA – Data do julgamento: 11/11/2008, Data da publicação: 26/11/2008. Acesso em 01/03/2009.–Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=erro+medico&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. REsp 914.329-RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 19/8/2008., Disponível em: <<http://professorflaviotartuce.blogspot.com/2008/08/resumo-informativo-364-do-stj-decises.html>>. Acesso em 10/11/2009.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. REsp 914329 / RJ - RECURSO ESPECIAL2007/0001491-8 – Ministro João Otávio de Noronha (1123) – T4 – QUARTA TURMA – Data do julgamento: 19/08/2008, Data da Publicação/Fonte: DJe 13/10/2008. Acesso em 01/03/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal.TJDF - AI 7.480 - (Reg. Ac. 101.338) -1ªT -Rel. Des. Edmundo Minervino-DJU 11.02.1998. Disponível em:<<http://www.direitomedico.adv.br/jurisprudencia/jurisprudenciaErroMedico.htm>> Consulta em 27/02/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.TJRJ - AC 5222/96 - Reg. 270697 - Cód. 96.001.05222 - Capital - 10ª C.Cív. - Rel. Des. Afrânio Sayão - J.03.04.1997. Em: <<http://www.direitomedico.adv.br/jurisprudencia/jurisprudenciaErroMedico.htm>> . Acesso em 27/02/2009.

BRITÂNICA poderá ser mãe de aluguel pela 8ª vez. O Estado de São Paulo, São Paulo, 21 de janeiro de 2008. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/geral/not_ger112557,0.htm> . Acesso em: 27/02/2009

BRITÂNICA que botou anúncio por óvulo em ônibus dá à luz. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 30 de junho de 2008. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br>> Acesso em 27/02/2009.

CASAL processa clínica após gerar filha negra. Globo, São Paulo, 22 de março de 2007. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,MUL13369-5602,00.html>> . Acesso em 10 de dezembro de 2008.

CASO, Fabiana. Fertilidade no congelador. O Estado de São Paulo, São Paulo, 25 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br>> . Acesso em 30 de Outubro de 2008.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 3ed.rev.atument.atual. São Paulo: Malheiros, 2002. .

CELESTINO, Helena. Casais gays vivem 'baby boom' nos Estados Unidos, 15 de Dezembro de 2003. Disponível em: <<http://sistemas.aids.gov.br/imprensa>>. Acesso em 07/01/2009.

CHAVES, Benedita Inês Lopes. *A tutela jurídica do nascituro*. São Paulo: LTr, 2000. 142 p.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As Grandes Obras Políticas de Maquiavel a nossos dias*. 6ed.rev. Rio de Janeiro: Agir, 1993. p.65-83.

CLÍNICA tem embrião congelado há 17 anos. Folha de São Paulo: São Paulo, 04 de março de 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia>> . Acesso em: 15/04/2008.

CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA. Resolução nº 1.246, de 08 de Janeiro de 1988. Estipula normas éticas que devem ser seguidas pelos médicos no exercício da profissão. Disponível em: <<http://www.abctran.com.br>> . Acesso em 05/03/2009.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.358 de 11 de Novembro de 1992. Adota normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes>>. Acesso em: 07/03/09.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. Resolução nº 196 de 10 de outubro de 1996. Regulamenta as pesquisas envolvendo seres humanos. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes>>. Acesso em: 07/03/09.

CREATE PROGRAM. Disponível em: < <http://www.createivf.com>> . Acesso em: 27/03/2009.

CRESCENTI, Marcelo. Mãe dá à luz aos 64 anos e gera polêmica na Alemanha. O Estado de São Paulo, São Paulo, 06 de Dezembro de 2007. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/geral/not_ger91425,0.htm>, Acesso em 27/02/2009.

DANO, SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v.2.p.56.

DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. 442 p.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 11 ed.rev.atual.aument. Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 65-118; p. 145-178.

ESPANHA. Ley 14/2006, de 26 de Mayo de 2006. Disciplina a reprodução humana assistida. Disponível em: <<http://www.boe.es/boe/dias/2006/05/27/pdfs/A19947-19956.pdf>>. Acesso em 01/03/2009.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

----- . *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, 2ed.atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FÁVARO, Tatiana. Temporão anuncia que SUS terá reprodução assistida. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 10 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/geral/not_ger187222,0.htm> . Acesso em: 27/02/2009.

FÉRNADEZ, Maria Cárcaba, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*. Barcelona: J.M.Bosch Editor, 1995.

FILGUEIRA, Ary. Ginecologista é obrigado a indenizar paciente que ficou tetraplégica. *Correio Braziliense*, Brasília, 20 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.correiobraziliense.com.br>> . Acesso em 30/03/2009.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. 9ed.rev.atual.ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FRANÇA. Code de la Santé Publique, de 29 de Julho de 1994. Disponível em : <http://www.fecondationinvitro.com/pdf/loi_1994.pdf>. Acesso em 25/03/2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze et PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 6ed.rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. III.

GARRAFA, Volnei *et alli*. Expectativa de mulheres à espera de reprodução assistida em hospital público do df – estudo bioético. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ramb/v53n1/19.pdf>> . Acesso em 27/02/2009.

GENTLEMAN, Amelia. Barriga de aluguel: um negócio em crescimento na Índia, UOL, São Paulo, 12 de março de 2008. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/midiaglobal/nytimes/2008/03/12/ult574u8279.jhtm>> . Acesso em 05/03/2009.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Responsabilidade Médica* – as obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação. Curitiba: VER EDITORA, 2006

GONÇALVES, Carlos Roberto *Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*. 3ed.rev. e atual. São Paulo:Saraiva, 2008. v. IV.

GRUPO brasileiro cria célula-tronco sem o embrião, Folha de São Paulo, São Paulo, 26 de janeiro de 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u494430.shtml>> . Acesso em 11/03/2009.

GULLO, Carla. O drama da dúvida. *Terra*, São Paulo, 28 de janeiro de 1998. Disponível em: <<http://www.terra.com.br/istoe/comport/147817.chn>> . Acesso em 13/10/08.

HANS, Kelsen. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de: BORGES, Luís C. São Paulo: Martins Fontes, 2000p. 183-200.

"HOMEM grávido" dá à luz em parto natural nos EUA. Folha de São Paulo, São Paulo, 03 de julho de 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u418988.shtml>>. Acesso em 23/03/2009.

INTERNET é território livre para comércio de barrigas de aluguel. Disponível em: <<http://odia.terra.com.br>> . Acesso em 25/03/2009

LAGES, Christine. Trinta anos após primeiro bebê de proveta, casal de gays tem filhos gêmeos por parte de mãe. *O Globo Online*, São Paulo, 17 de Julho de 2008. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com>> Acesso em 07/01/2009.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

------. *O direito do embrião humano: mito ou realidade*. Revista de Ciências Jurídicas, ano I, nº 1.p.31-52.

LIMA, Francine. Estou grávida da minha namorada. *Revista Época*, São Paulo, 13 de março de 2009. Disponível em:<<http://revistaepoca.globo.com>> – Acesso em 23/03/2009.

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa Médica e Ônus da Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

------. *Responsabilidade Civil do Médico*. 6ed.rev.atual.ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MAZEAUD, Hery y Leon; TUNC, André. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Os embriões humanos mantidos em laboratório e a proteção da pessoa: o Código Civil brasileiro e o texto constitucional. *In: BARBOZA, Heloísa Helena et alli. Novos temas de bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.83-96.

------. *A vida embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

------. Os embriões humanos mantidos em laboratório e a proteção da pessoa: o Código Civil brasileiro e o texto constitucional. *In: BARBOZA, Heloísa Helena et alli. Novos temas de bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.83-96.

MENEGON, Vera Mincoff. *Consentindo ambigüidades: uma análise documental dos termos de consentimento informado, utilizados em clínicas de reprodução humana assistida*. disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v20n3/22.pdf>> . Acesso em 20/12/2008.

MENINA vê pela 1ª vez após tratamento com células-tronco, *Folha de São Paulo*, São Paulo, 05 de março de 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/bbc>> . Acesso em 11/03/2009

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MULHER será indenizada nos EUA por uso de esperma errado. Disponível em: <<http://forum.hardmob.com.br/showthread.php?p=1941566>> . Acesso em 20/02/2009.

NEIVA, Paula Beatriz. O tubo não é tudo de bom. *Veja*, São Paulo, 22 de maio de 2002. Em: <http://veja.abril.com.br/220502/p_095.html> . Acesso em 23/10/2008.

NERY, Rosa Maria de Andrade. Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 284-302.

NIGHTLIGHT ADOPTIONS – SNOWFLAKES PROGRAM. Disponível em: <<http://www.nightlight.org/snowflakeadoption.htm>> . Acesso em 28/03/2009.

O QUE fazer com os embriões congelados? *Época*, São Paulo, 27 de abril de 2007. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca>> . Acesso em 16/10/2009.

OBAMA libera verba pública para pesquisas com células-tronco, *Folha de São Paulo*, São Paulo, 09 de março de 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u531606.shtml>> .. Acesso em 09/03/2009.

OLIVEIRA, Fátima. As novas tecnologias reprodutivas conceptivas a serviço da materilização de desejos sexistas, racistas e eugênicos? Disponível em: <<http://bases.bireme.br>> Acesso em 23/02/2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PESSINI, Leocir et BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*. 8ed.rev.ampl.. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Edições Loyola, 2008.

PORTUGAL. Lei nº 32/2006. Lei da Reprodução Medicamente assistida. Disponível em: <<http://www.min-saude.pt/portal>>. Acesso em 10/03/2009.

PORTUGAL. Código Civil Português Disponível em:
<<http://www.stj.pt/nsrepo/geral/cptlp/Portugal/CodigoCivil.pdf>> Acesso em
04/02/2009.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 22ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. Disponível em:
<<http://www.redlara.com/home1.asp>> . Acesso em 25/03/2009.

REINO UNIDO. Human Fertilisation and Embryology Act 1990. Disponível em:
<http://www.opsi.gov.uk/Acts/acts1990/ukpga_19900037_en_1> Acesso em
25/03/2009.

REIS, Clayton. *Avaliação do Dano Moral*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 3-25; p. 59-215

------. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 1-158; p. 225-275.

RELÓGIO biológico também afeta fertilidade dos homens. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 06 de julho de 2008. Disponível em:, <http://www.estadao.com.br/vidae/not_vid201556,0.htm> . Acesso em 27/02/09.

RESPONSABILIDADE. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v.4.p.124

RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson; BORGES, Janice. Alteração da vontade na utilização das técnicas de reprodução humana assistida, In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.), *Manual de direito de família e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008.

SAMBRIZZI, Eduardo A. *La procreación asistida y la manipulación del embrión humano*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.

SCHAEFER, Fernanda. *Responsabilidade Civil do Médico & Erro de diagnóstico*. Curitiba: VER EDITORA, 2006.

SEM medo de ser feliz. *Veja*, São Paulo, 25 de março de 2009. Disponível em: <<http://passaporte.abril.com.br>> Acesso em: 25/03/2009.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA. Disponível em: <<http://www.sbra.com.br>> . Acesso em 03/04/2008.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – uma nova crítica do Direito*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 51-168, 186-226, 441-466.

SUPREMO britânico decide estranho caso de paternidade. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>> . Acesso em: 23/02/2009.

SUS obtém primeira fertilização com óvulos doados. O Estado de São Paulo, São Paulo, 29 de outubro de 2008. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/geral/not_ger268752,0.htm> . Acesso em 27/02/2009.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2ed.rev.atual.ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

-----*O Embrião excedente: o primado do direito à vida e de nascer.*: RTDC, v.8 ,2001.

----- Considerações sobre a responsabilidade civil dos profissionais de saúde na atividade de reprodução humana assistida. *In*: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade – Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 137 – 197.

TARANTINO, Mônica. *Revolução na Fertilidade Feminina*, Isto é, São Paulo, 05 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://www.terra.com.br/istoe/edicoes>> . Acesso em 07/01/2009.

TERRA TV. Vídeo sobre as “barrigas de aluguel”. Disponível em: <<http://terratv.terra.com.br/templates/channelContents.aspx?channel=2481&contentid=226956>> . Acesso em 25/03/2009.

THE NEW ENGLAND JOURNAL OF MEDICINE. Disponível em: <<http://content.nejm.org>> . Acesso em 30/03/2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A onda reformista e do Direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica*. p. 92-120. In: Revista da Escola da Nacional da Magistratura, ano I, n. 01, 2006. REVER

TRANSEXUAL espanhol anuncia estar grávido de gêmeos. Terra, 23 de março de 2009. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br>> , Acesso em 23/03/2009

TURISMO Reprodutivo preocupa cientistas na Grã-Bretanha. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 24 de julho de 2008. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/vidae/not_vid211534,0.htm> Acesso em 27/02/2009.

UMA questão decisiva para a ADIN 3510: Os embriões congelados são inviáveis? Disponível em: < <http://www.providaanapolis.org.br/embrviav.htm>> . Acesso em 28/03/2009.

VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia*. São Paulo: Atlas, 2006.

VIEIRA, Vanessa. É preciso salvar vidas. *Veja*, São Paulo, 05 de março de 2008. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/050308/entrevista.shtml>> . Acesso em 05/03/2008.

ZACHÉ, Juliane; TARANTINO, Mônica. Artesanato da vida. *Isto é*. São Paulo, 07 de janeiro de 2009. Disponível em: <http://www.terra.com.br/istoe/1611/1611vermelhas_2.htm> . Acesso em 07/01/2009.

OBRAS CONSULTADAS

ANDORNO, Roberto L.; *et alli*. *El derecho frente a la procreación artificial*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 1997.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Vida humana e ciência: complexidade do estatuto epistemológico da bioética e do biodireito- normas internacionais da

bioética.. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade – Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARBOZA, Heloísa Helena. *A Filiação em face à Inseminação Artificial e da Fertilização “in vitro”*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

----- . Proteção jurídica do embrião humano. In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 248-269.

----- *Direito à procriação e às tendências de reprodução assistida*. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade – Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 153-167.

CASABONA, Carlos María Romeo. *Del gen al derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1996. p. 235-304; 348-374; 413-472.

----- . O Direito Biomédico e a Bioética. In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 13-39.

----- . O Consentimento Informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos. In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 128-171.

CHUT, Marcos André. *Tutela jurídica do genoma humano e a teoria do mínimo ético*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008. p.160-169.

EMALDI-CIRIÓN, Aitziber. A responsabilidade dos profissionais sanitários no marco do assessoramento genético. In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 63-121.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de Direito Civil*. 4ed.rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. v. 1. p. 403-414.

----- *Instituições de Direito civil*. 2ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 1031-1048.

FRANÇA; Genival Veloso de. O segredo médico e a nova ordem bioética. *In*: BARBOZA, Heloísa Helena et alli. *Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 77-84.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade – filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 37-104; 179-336; 625-750.

GEBER, Selmo. Implicações éticas do diagnóstico pré-implantacional. *In*: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.301-307.

JANSEN, Brigitte E. S. A nova biotecnologia e a medicina atual necessitam de um tipo diferente de insumo bioético, ou trata-se de conflito ético de interesses? *In*: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.3-12.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Monografia Jurídica. 7ed.rev.atual.amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LILIE, Hans. Contracepção e esterilização. *In*: CASABONA, Carlos María Romeo (Org.). *Biotecnologia, Direito e bioética: perspectivas em direito comparado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.p. 127-132.

MANTOVANI, Ferrando. Uso de gametas, embriões e fetos na pesquisa genética sobre cosméticos e produtos industriais. *In*: CASABONA, Carlos María Romeo (Org.). *Biotecnologia, Direito e bioética: perspectivas em direito comparado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.p. 185-193.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *Gestação por outrem e determinação da maternidade: mãe de aluguel*. Curitiba: Genesis, 1998. p. 23-48; 67-76; 93-108.

MONTENEGRO, Sandra Lima. Consentimento informado: regras gerais de conduta estabelecidas por meio de comitês de bioética para reprodução humana assistida. *In*: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 189-207.

NETO, Francisco Vieira Lima. *O direito de não sofrer discriminação genética: uma nova expressão dos direitos de personalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 61-114; 145-170.

NYS, Herman. Experimentação com embriões. *In: CASABONA, Carlos María Romeo (Org.). Biotecnologia, Direito e bioética: perspectivas em direito comparado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 177-184.

PINTO-CORREIA, Clara. *O ovário de Eva: a origem da vida*. Tradução de: COUTINHO, Sonia. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. A disponibilidade do material genético – sêmen – após a morte do seu titular. *In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.271-299.

SANCHEZ, Yolanda Gomes. *El derecho a la reproduccion humana*. Madrid: Marcial Pons, 1994. p.31-153.

SAUWEN, Regina Fiúza; HRYNIEWICZ, Severo. *O direito “in vitro”: da bioética ao biodireito*. 2ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 81-115.

SÈVE, Lucien. *Para uma crítica da razão bioética*. Lisboa: Institutuo Piaget, 1997.

SILVA, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*. São Paulo: LTr, 2002.

------. *Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos*. São Paulo: LTr, 2003.

STANCIOLI, Brunello. Sobre a estrutura argumentativa do consentimento informado: revisão sistemática, verdade e risco na relação médico-paciente. *In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 173–187.

STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 3 ed. ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Conflito positivo de maternidade e utilização de útero de substituição. *In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane*

Fernandes (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.309-322.

TRÍAS, Encarna Roca i. Direitos de reprodução e eugenia. *In*: CASABONA, Carlos María Romeo (Org.). *Biotecnologia, Direito e bioética: perspectivas em direito comparado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 100-126.

TRIBERTI, Cesare. *Tra Bioética e Diritto: aspetti giuridici e dell'assicurazione in tem di responsabilità del medico e della struttura ospedaleira, delle nuove tecnologie genetiche, dell'ambiente e della tutela della privacy*. Milano: Edizioni Maros, 2004. p. 9-94; 157-204.

VASCONCELOS, Fernando Antônio de. *Responsabilidade do Profissional Liberal nas Relações de Consumo*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 65-118; p. 145-178.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Sistema de Bibliotecas. *Citações e notas de rodapé*. Curitiba: Editora UFPR, 2007. (Normas para apresentação de documentos científicos, 3).

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Sistema de Bibliotecas. *Redação e editoração*. Curitiba: Editora UFPR, 2007. (Normas para apresentação de documentos científicos, 9).

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Sistema de Bibliotecas. *Referências*. Curitiba: Editora UFPR, 2007. (Normas para apresentação de documentos científicos, 4).

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Sistema de Bibliotecas. *Teses, dissertações, monografias e trabalhos acadêmicos*. Curitiba: Editora UFPR, 2007. (Normas para apresentação de documentos científicos, 2).